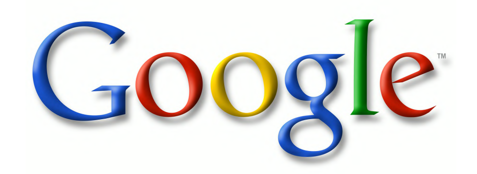
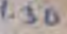
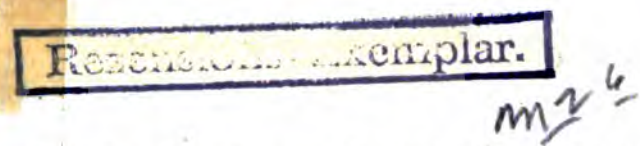



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 043 457





Verschollenheit und Todeserklärung

nach deutschem und ungarischem Rechte

unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe eines ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches und einer ungarischen Civilprozessordnung

Dargestellt

von

Dr. ELEMÉR BALOGH

Landes- und Wechselgerichtsadvocat

Honoraranwalt des Comitats Bács-Bodrogh



Berlin 1908.

Puttkammer & Mühlbrecht

Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft.

VORWORT.

Die nachfolgende Arbeit war ursprünglich zum 50jährigen ord. Professorjubiläum Heinrich Dernburgs bestimmt. Zum ersten Male war ich damals im Auftrage des k. ung. Ministeriums für Kultus und Unterricht in Berlin, um hier meine Studien auf den Gebieten des römischen und bürgerlichen Rechts fortzusetzen. Die Arbeit ist im Wesentlichen seinerzeit bereits in ungarischer Sprache erschienen. Die deutsche Buchausgabe kann erst jetzt erfolgen, weil die Arbeit in deutscher Sprache erstmals in der „Zeitschrift für ungarisches öffentliches und Privatrecht“ erschien und der Schluss erst jetzt in dieser Zeitschrift gedruckt wurde. Erhebliche Aenderungen konnten nieht mehr vorgenommen werden, weil die Arbeit bereits früher ganz gedruckt war; dies kommt besonders für die benutzte Litteratur in Betracht.

Leider kann die Arbeit jetzt nur dem Andenken des grossen Rechtslehrers gewidmet werden. Seine wissenschaftlichen Verdienste können hier nicht gewürdigt werden; die drei Jahre jedoch, die ich sein Schüler sein durfte, werden ihren bleibenden Eindruck auf mich nie verlieren.

Berlin, den 5. Januar 1908.

DR. E. BALOG.

Inhaltsverzeichnis.

Literatur.

Ludwig von Bar: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. Band I—II. 2. Auflage. Hannover 1889.

Otto Bähr: Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 5. Heft. 5. Buch. Kassel 1882.

August Bechmann: Das ius postliminii und die lex Cornelia. Erlangen 1872.

Hermann Beckh: Die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. München 1899.

K. G. C. Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. 2 Teile. Berlin 1885.

C. G. Bruns: Die Verschollenheit. (Bekker und Muther: Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Band I. Leipzig 1857.

Konrad Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs. Band I—II. 4. Auflage. Jena 1903—1904.

C. Demolombe: Traité de l'absence. Paris 1881.

G. F. Denecke: Ueber die Verschollenen oder die Abwesenheit nach dem Code Napoleon. Hannover 1810.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, nebst 3 Anlagen. Berlin 1896.

Heinrich Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. Band I—V. Halle 1899—1905.

Heinrich Dernburg: Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung eines Gatten. Festschrift für den XXVI. Juristentag. Berlin 1902.

A. Dressel: Die Bestimmungen über Verschollenheit und Todeserklärung im Code civil, im preussischen allgemeinen Landrecht und im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vergleichende Darstellung. Berlin 1902.

Ernst Eck: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Nach des Verfassers Tode durch Feststellung des Wortlautes fortgeführt und mit Anmerkungen versehen von Rudolf Leonhard. Band I. Berlin 1898—1903.

F. Endemann: Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Band I—III. Berlin 1899—1903.

J. Erler: Das Wiederaufleben aufgelöster Ehen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche (Deutsche Juristen-Zeitung. 1896. Nr. 12. S. 229—230.

Dr. Georg Frommhold: Das Erbrecht. Berlin 1900.

C. Gareis: Institutionen des Völkerrechts. Giessen 1888.

Otto Gierke: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Otto Gierke: Deutsches Privatrecht. Band I. Leipzig 1895.

L. Goldschmidt: Kritische Erörterungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1889.

Béni von Grosschmid: Fejezetek kötelmi jogunk köréből. (Einzelne Abschnitte aus unserem Obligationenrecht.) Band I—II. Budapest 1900 bis 1901.

Béni von Grosschmid: Magánjogi Tanulmányok. (Privatrechtliche Studien.) Band I—II. Budapest 1901.

Dr. Herrmann Habicht: Die Einwirkung des bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor enstandene Rechtsverhältnisse. 3. Auflage. Jena 1901.

Max Hachenburg: Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Auflage. Mannheim 1900.

F. Hellmann: Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Freiburg i/B. 1897.

Konrad Hellwig: Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts. Band I. Leipzig 1903.

E. Hölder. Der allgemeine Teil des deutschen Civilgesetzentwurfes in zweiter Lesung. (Archiv für die civilistische Praxis. Band 80. S. 1—62.) Freiburg i/B. 1893.

E. Hölder: Kommentar zum allgemeinem Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.

L. Jacobi: Das persönliche Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Auflage. Berlin 1899.

Arthur Jellinek: A magyar magánjog mai érvényében. (Das ungarische Privatrecht in seiner heutigen Geltung.) Erster Teil. Budapest 1885.

J. Katz: Verschollenheit und Todeserklärung nach d. BGB. Inaugural-Dissertation. Erlangen 1899.

Josef Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Erster Halbband. Berlin 1904.

L. Kuhlenbeck: Das Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1901.

L. Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch. I—III. Teil. Berlin 1898—1901.

H. Küppers: Die Grundsätze des gemeinen und preussischen Rechts, sowie insbesondere des neuen BGB. über die Todeserklärung. Inaugural-Dissertation. Erlangen 1898.

B. Lehmann: Die Todeserklärung Verschollener nach dem BGB. (Hirths Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik. Band XXXIV. S. 18—73; 121—157; 223—236.) München 1901.

Franz von Liszt: Das Völkerrecht systematisch dargestellt. 3. Auflage. Berlin 1904.

Franz von Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. und 13. Auflage. Berlin 1903.

Geiza Magyary: A magyar polgári peres eljárás alaptanai. (Die Grundlehren des ungarischen Processverfahrens.) Budapest 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I—V. Berlin 1888.

Motive und Protokolle zu dem Entwurfe eines ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.) A magyar általános polgári törvénykönyv tervezetének indokolása és jegyzőkönyvei. Budapest 1900—1902.

Főelőadmány. Birálati anyag. (Hauptreferat. Besprechungsstoff.) Band I—IV. Budapest 1904—1905.

(Motive zu dem Entwurfe einer ungarischen Civilprocessordnung.) A magyar polgári perrendtartás javaslatának indokolása. Budapest 1902.

Dr. Neubecker: Rechtliche Stellung der Kinder der Frau eines Verschollenen (Deutsche Juristenzeitung 1903 Nr. 4, S. 101.)

A. Niedner: Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896. 2. Auflage. Berlin 1901.

Dr. jur. Olshausen: Das Kammergericht zur Frage der rechtlichen Stellung der Kinder der Frau eines Verschollenen. (Deutsche Juristenzeitung 1903, Nr. 6, S. 148—149.)

M. Ostermeyer: Blätter aus dem bürgerlichen Gesetzbuch, besprochen und mit dem im Gebiet des preussischen allgemeinen Landrechts geltenden Privatrecht verglichen. Leipzig 1897.

G. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I—VII. Berlin 1899—1903.

Alexander Plósz: Magyar polg. tvk. rendtartási jegyzetek. (Vorträge über das ungarische Civilprocessrecht.) Teil I—II. Budapest 1890—1891.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des *Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.* Band I—VII. Berlin 1897—1899.

Raffay Ferencz: A magyar magánjog kézikönyve. (Handbuch des ungarischen Privatrechts.) Eperjes 1904.

H. Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Band I—II. Berlin 1899—1903.

C. E. Riesenfeld: Verschollenheit und Todeserklärung nach gemeinem und preussischem Recht. Breslau 1891.

A. Rivier: Principes du droit des gens. Band I—II. Paris 1896.

M. Scherer: Das erste Jahr des bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1901.

Arthur B. Schmidt — Hermann Habicht: Familienrecht. Lieferung I—II. 1900—1904.

J. Schroeder: Todeserklärung der Vermissten des ostasiatischen Expeditionskorps. (Deutsche Juristen-Zeitung 1901. Nr. 12. S. 280—281.)

A. Schröder: Verlöbnis und Ehe, sowie Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder, nach dem neuen bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich gemeinverständlich dargestellt. Wiesbaden 1898.

J. von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. München 1899—1904.

Otto Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Band I—V. (Bd. II—IV. neu bearbeitet von H. O. Lehmann.) Berlin 1885, 1893, 1896—1900.

Emil Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs. Band I—II. Dritte Auflage. Berlin 1903—1904.

Adolf Wach: Handbuch des deutschen Civilprocessrechts. Band I. Leipzig 1885.

Bernhard Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I—III. Achte Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. Frankfurt am Main 1900.

E. Zitelmann: Internationales Privatrecht. Bd. I—II. Leipzig 1897—1903.

Emerich von Zlinszky: A magyar magánjog mai érvényében. (Das ungarische Privatrecht in seiner heutigen Geltung.) Bearbeitet von Johann Reiner. VIII. Auflage. Budapest 1902.

F. Zródlowski: Codificationsfragen und Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Prag 1888.

Begriff und Voraussetzungen der Todeserklärung.

Das römische Recht, das so feines Gefühl gegenüber den einzelnen Lebensbeziehungen bewiesen hat und das diese mit so bewunderswerter Präzision ordnet, enthält keine besonderen Bestimmungen über die Todeserklärung; es verfügt nur über die Kriegsgefangenen und auch hier sehr mangelhaft. Die Erklärung dürfen wir nicht darin suchen, dass das Verschwinden eines Menschen ein nur seltener Fall war, sondern sehr richtig hat schon Bruns darauf verwiesen, die Erklärung liege in der freien Beweiswürdigung des Richters, dass nämlich der Richter nach genauer Erforschung der Umstände schon die grössere Wahrscheinlichkeit als Beweis annehmen durfte. Si dubitetur, utrum vivat an decesserit is, cuius quis quois ad causum testamenti pertinet inspici describique postulat, dicendum est praetorem causa cognita statuere id debere, ut, si liquerit eum vivere, non permittat 2 § 4 D. 29, 3. Die Glosse stellte betreffs des Todes jene Rechtsvermutung auf, dass vor Erreichen eines Alters von 100 Jahren der Tod des Verschollenen nicht eingetreten ist. Das sächsische Recht nahm das 70. Lebensjahr als durchschnittliches Lebensalter an. Es ist eine klingende und beliebte These, hinzuweisen auf die hingebende Liebe der Römer für ihre Familie und selbstaufopfernde Vaterlandsliebe, diese hätten es ausgeschlossen, dass der Römer mit seiner Familie oder mit dem Vaterlande die Verbindung gelöst hätte. Die hiemit zu beweisen suchen — und eigentümlicherweise ist das der Standpunkt der älteren Schriftsteller — gestehen, dass eine Verschollenheit vorkommen konnte, aber in so geringer Zahl, dass es sich nicht lohnte, diese Einrichtung zu regulieren. Aber angenommen, diese Behauptung wäre wahr, so wäre in dem so pedantischen römischen Recht die mindere Anzahl der Fälle kein Grund gewesen zur Nichtordnung dieses Gegenstands. Ich kann bestimmt

behaupten, dass die Verschollenheit in viel grösserem Masse vorgekommen ist, wie heute, es genügt, wenn ich auf die Kriegszüge verweise. Das Argument ist weniger wichtig in Folge des ius post liminii, bezw. lex Cornelia, aber wichtiger, wenn ich auf die äusserst unvollständigen Verkehrs- und Bewegungsmittel, auf das häufige Vorkommen der lebensgefährlichen Fälle verweise. Der Richter konnte im Falle der Verschollenheit auf Grund der genauen Würdigung der Umstände den Tod des Verschollenen feststellen und auf Grund hiervon den Zeitpunkt des Versterbens. Infolge des freien Ermessens des Richters war der Mangel des vorher festgesetzten Termins nicht fühlbar. Aber infolge Mangels von Spezialverfügungen blieben die Rechtsverhältnisse des Verschollenen nicht ungeordnet; es blieben nicht ungeordnet die Familien- und Vermögensverhältnisse, weil im r. R. der persönliche Schutz und der des Vermögens so sorgfältig geregelt war, dass er hinter den modernen Rechten nicht nur nicht zurückgeblieben ist, sondern in gewissen Beziehungen sie sogar übertroffen hat. Es genügt der Verweis auf den curator bonorum absentis, der die Angelegenheiten des Verschollenen führte, bis der Richter die Verschollenheit zur Deklarirung der Todeserklärung für reif genug hielt. M. E. fanden, obwohl ich Quellenbeweise nicht anführen kann, sowohl bez. der Rechtswirkungen als auch des Zeitpunktes bei der Verschollenheit die Vorschriften des ius postliminii, bezw. der fictio legis Corneliae Anwendung umso eher, als die Kriegsgefangenschaft als eine Art der Verschollenheit anzusehen ist. Nur insoweit das ius p. l., bezw. die fictio l. C. nicht anwendbar war, hatte das richterliche Ermessen freien Spielraum und war es allein entscheidend. Natürlich stand es im Ermessen des Richters, als Todeszeitpunkt einen andern Zeitpunkt anzunehmen, als im Falle der Kriegsgefangenschaft, wenn die Umstände es zuliessen; aber ein Ausgangspunkt musste vorhanden sein; ebenso wie auch heute auf Grund der Umstände das Todeserklärungsurteil einen von dem im Gesetz festgesetzten vermuteten Todestag abweichenden Zeitpunkt als Tag des Versterbens festsetzen kann. Das heutige englische Recht kennt die Todeserklärung auch nicht, auch das französische nicht.

Der römische Kurator ist auch in unserm Recht (Vormundsch.-Gesetz § 28 d) in unserm Entwurfe (§ 471) und im BGB. (§ 1911) zu finden, ich werde hierauf noch zu-

rückkommen. Nach dem i. p. l. lebt, wenn der Verschollene zurückkehrt, jedes Recht wieder auf: diesen Gedanken hat auch das moderne Recht übernommen. Infolge der fictio l. C. wurde, wenn jemand in Gefangenschaft starb, angenommen, er wäre im Augenblick der Gefangenschaft gestorben.

Die Todeserklärung wird besondere Einrichtung erst im Mittelalter. Man sah ein, dass ein Zeitpunkt vorhanden sein müsse, der den schwebenden Zustand beendigte; das forderten die mit der Person des Verschollenen verschmolzenen Vermögens- und familienrechtlichen Verhältnisse. Zuerst kam Frankreich und Italien. Beide erhielten, bezw. übernahmen den curator bonorum absentis, betreffs des Zeitpunktes leitete sie der abstrakte Gedanke des tatsächlichen Todes und deshalb bestimmten sie als Zeitpunkt die äusserste Grenze des menschlichen Alters; man begriff aber schnell die Unrichtigkeit dieser Annahme, dass die Festsetzung eines einheitlichen Zeitpunkts auf unüberwindbare Schwierigkeiten stösst, und deshalb ging man dazu über, die Dauer der Abwesenheit als massgebend anzusehen; so knüpften die Italiener an Stelle der 100 Jahre die Todesvermutung an eine Abwesenheit von 40, 30, 15, bei Soldaten 5 Jahren. Bei den Franzosen betrug der Zeitraum, nach dem die Todeserklärung stattfinden konnte, nach Ortssitte 3—10 Jahre, indessen musste bei dem kürzeren Zeitraum wegen der Möglichkeit der Rückkehr der Erbe wegen der möglichen restitutio Kaution stellen, während früher der Rückkehrende nur das vorhandene Vermögen fordern konnte und vom Erben für den fehlenden Teil keine Entschädigung verlangen konnte.[1])

Die deutsche Rechtsentwickelung ist langsamer, als die der anderen Rechte. Noch im XVI. Jahrhundert hängt die Todeserklärung vom freien Ermessen des Richters ab; der Kurator war unbekannt. Die Erben des für tot Erklärten erhielten ohne Kaution endgiltig das Vermögen des Verschollenen. Wenn die Umstände die Wahrscheinlichkeit des Todes begründeten, dann stellte der Richter ihn fest, die Erben mussten die Dauer der Abwesenheit beschwören und dass sie seitdem ohne jede Nachricht wären. Erst im XVII. Jahrhundert mit der Rezeption änderten sich die Verhältnisse. Als Vorbild diente die sächsische Praxis, nach dem Muster des Kurators wurde ein Pfleger er-

---

[1]) Bruns 122. Demolombe 3. Dressel 3.

nannt zur Verwaltung des Vermögens, solange die Verschollenheit nicht festgestellt war, alsdann wurden die nächsten Verwandten als Vertreter des Verschollenen nach Sicherheitsleistung interimistice in den Besitz des Vermögens eingewiesen und erst nach der Todeserklärung kam die endgiltige Vermögensübertragung, an Stelle des Besitzes auf Zeit das endgiltige Erbrecht. Der Zeitpunkt der Todeserklärung war im Anfang das 70.—100. Lebensjahr, abweichend an den einzelnen Orten, später waren übereinstimmend mit der Verjährungszeit 30 Jahre Abwesenheit von der letzten Nachricht an erforderlich. Anfangs wurde der dreissigjährige Zeitraum von dem die Verschollenheit deklarierenden richterlichen Beschlusse an gerechnet.[2]) Im Mittelalter verlangte man, wie oben erwähnt, betreffs des Zeitpunkts der Todeserklärung einen fixen Termin; hierzu fand man zwei Lösungen, entweder wurde die Todesvermutung an ein bestimmtes Alter gebunden, so nach gemeinem Recht 100 Jahre, nach sächs. R. 70 Jahre, oder an einen bestimmten Zeitraum der Abwesenheit. Letzteres ist das schlesische System, das anfangs 30, später 10 Jahre bestimmte, von der letzten Nachricht an gerechnet. Hierauf stützt sich ein Rescript von König Matthias an den Stadtrat von Görlitz aus dem Jahre 1616; das preuss. Gesetz vom 23. Okt. 1763, sowie das Allg. Landrecht II 18 § 821 ff, die massgebenden Einfluss auf das BGB. ausübten; die modernen Rechte folgen dem letzteren System. Richtiger ist es, bei der Todeserklärung sowohl das Lebensalter, als auch den Zeitraum der Abwesenheit in Betracht zu ziehen, wie es unser Entwurf, geltendes Recht und BGB. tut. Unser Entwurf, geltendes Recht und BGB. verkürzt im Falle des hohen Lebensalters den verlangten Verschollenheitszeitraum, nach BGB. werden sogar die Jahre der Minderjährigkeit nicht mitgezählt, auch unser Entwurf berücksichtigt das niedrige Lebensalter. Die Wirkung der Todeserklärung tritt nicht ipso iure ein, sondern durch richterl. Urteil, dem ein Aufgebotsverfahren vorausgeht, auf Antrag eines Berechtigten. Das Aufgebotsverfahren ist seit dem XVIII. Jahrhundert Sitte. Betreffs der obenerwähnten Systeme sei noch erwähnt, dass man das eine auch italienisches, das andere französisches System nennt. Das sächsisch-italien. System setzt

---

[2]) Bruns 126, 152. Dernburg: Lehrbuch des preuss. Privatrechts 1894 I 85, Dressel 4, in der Gegenwart im ung. Recht 1868 G.-A. 54, §§ 522—525 I 85, Dressel 4.

über Alles die Interessen des Verschollenen und berücksichtigt die Interessen der Angehörigen nur in 2. Reihe. Der Ausgangspunkt des ital.-sächsischen Systems ist nicht, dass der Verschollene 70, bezw. 100 Jahre gelebt hätte, sondern dass es sehr unwahrscheinlich sei, dass der Verschollene länger gelebt hätte, es geht also ebenfalls von der Wahrscheinlichkeit des Todes aus, wie der grösste Teil der modernen Rechte, während das franz. Recht davon absieht, dass es den Verschollenen als tot betrachtete, vielmehr als solchen, der nicht existirt; hier entstehen die Folgen nicht auf einmal in ihrer ganzen Kraft, sondern staffelweise.[3]) Der Standpunkt des französischen Rechts ist, dass die Eingesetzten eine Zeitlang gleichsam nur Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht haben und nur nach Ablauf einer bestimmten Zeit wirkliche Erben werden. Der Standpunkt ist nicht richtig, weil er an die Verschollenheit solche Rechtswirkungen knüpft, wenn auch nur provisorisch, die mit dem Tode verbunden sind; er ist aber weniger ungerecht, als der, die Todesvermutung an ein durchschnittliches Lebensalter zu fügen. Abgesehen von den wirtschaftl. Nachteilen des ital.-sächsischen Systems, will ich hier nicht auf die Gebundenheit des Vermögens verweisen, auch dem rationalistischen Standpunkt widerspricht ein solches Uebermass von Rücksichtnahme auf die Interessen des Verschollenen, weil es sehr selten vorkommt, dass der Verschollene zurückkehrt. Die heutigen Verkehrsverhältnisse sind so vorzüglich, dass beinahe ohne Ausnahme der Verschollene der Schuldige ist, wenn er kein Lebenszeichen von sich gibt, und so möge er die nur selten auftauchenden Nachteile seiner Verschollenheit tragen, da gegenüber seinen Interessen die einschneidenden Interessen seiner Verwandten stehen. Uebrigens verursacht die Altersgrenze nur Ungerechtigkeiten und überlässt vieles dem Zufall. Eine allgemeine Altersgrenze zu bestimmen ist ungerecht. Denken wir an den Fall, dass der Betreffende ein paar Tage vor oder gleichzeitig mit der Vollendung des kritischen Lebensjahres verschwand, dann wäre er nach ital. System ohne jeglichen Zeitablauf für tot erklärbar, weil im kritischen Zeitpunkt die verlangten Lebensjahre schon vollendet sind; auch in dieser Beziehung ist das franz. System besser, nach welchem auch im Falle des höchsten Lebensalters Zeit-

[3]) Kohler 288.

ablauf erforderlich ist. Im alten deutschen Recht fühlte man auch diesen Fehler, deshalb, wenn der Betreffende das kritische Lebensjahr schon vollendet hatte, war man bestrebt die regelmässige Altersgrenze auszudehnen. Richtiger ist die Bestimmung eines einheitlichen Zeitpunktes nach einer gewissen Ordnung der Fälle, wie es die Lebensverhältnisse, bezw. die einzelnen Fälle ergeben.

Schon Paulus sagte omnis definitio periculosa est. Die Definition sagt entweder mehr oder weniger als notwendig und deshalb dürfen wir unsere Folgerungen daraus nicht ziehen. Es gibt Begriffe, die zu umschreiben oder in einen kurzen Satz zu fassen, so dass er sämtliche differentia specifica in sich enthalte, entweder auf unüberwindliche Schwierigkeiten stösst oder man erhält dabei eine unverständliche, ich möchte sagen, sinnlose Definition. So steht es auch mit der Todeserklärung, wir müssen so viele Begriffsmerkmale zusammenfassen, dass zu befürchten ist, dass es zum Nachteile des Verständnisses geschieht und die Definition wird doch nicht erschöpfend sein und ist so der Grund von unrichtigen Schlüssen. Versuchen wir eine Begriffsbestimmung der Todeserklärung zu geben, obwohl ich dies nicht gern tue, weil sehr viele wichtige Merkmale vorhanden sind; aber ich tue es, um der Sitte Genüge zu tun und um mich nicht dem Vorwurf auszusetzen, dass ich eine Einrichtung behandle und deren begriffliche Bestimmung nicht gebe. Todeserklärung ist ein absolut wirkendes Urteil, welches den Tod und den Zeitpunkt des Todes eines Verschollenen vermutungsweise feststellt, mit Rücksicht auf die einzelnen Rechtsfolgerungen mit Ausnahme der Auflösung der Ehe, nachdem bewiesen ist, dass die vom objektiven Recht verlangten Erfordernisse zur Begründung der Todesvermutung vorhanden sind und der Verschollene während der Frist trotz des öffentl. Aufgebots sich nicht gemeldet hat. Ich glaube, dass die Definition nicht einwandfrei ist; über das Verhältnis des § 73 des E. G. spreche ich unten. Absichtlich habe ich überall das objektive Recht erwähnt und nicht das Gesetz, das nur eine der Hauptquellen des objektiven Rechtes ist.

Das Todeserklärungsurteil ersetzt die Beweise, die verlangt werden von denen, die den Tod jemandes behaupteten und daran familienrechtl. oder erbrechtliche Ansprüche knüpften. Die Rechtswirkung der Todeserklärung und die materiell rechtl. Voraus-

setzungen regelt übereinstimmend mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche der Entwurf unseres bürgl. Gesetzbuches,. abweichend von unserem bestehenden Rechte, wo in Ermanglung eines Codex unsere Prozessordnung massgebend ist. Der Entwurf unserer Zivilprozessordnung enthält übereinstimmend mit der deutschen CPO. nur die Regelung des Verfahrens; es ist zweckmässiger, dass die privatrechtlichen Verfügungen im zivilrechtl. Codex stehen, aber leider haben wir noch keinen Codex; aus dem prozessr. Entwurf wird früher Gesetz, so muss man in dieser Frage Verfügungen treffen, wie G.-A. 54 v. 1868 verfügt hat. Die Motive unserer Prozessordnung erwähnen auch, dass das Einführungsgesetz interimistice bis zur Schaffung des zivilrechtl. Codex in dieser Frage verfügen wird, besonders darin, wenn vermutet werden soll, dass der Verschollene tot sei. Die Voraussetzungen der Todeserklärung müssen zusammen vorliegen, sonst kann die T. E. nicht erfolgen. Die Voraussetzungen sind 1. Verschollenheit, 2. Ablauf einer Verschollenheitsfrist, 3. das erfolglose Aufgebotsverfahren, im Falle der priviligirten Fristen noch der bestimmte Umstand. In dem auf die Einleitung des Verfahrens zielenden Antrage brauchen die Tatsachen nur glaubhaft gemacht werden, das Gericht kann also auch nicht vollkommenen Beweis fordern.[4]) Die erwähnten Erfordernisse der Todeserklärung sind tatsächliche und formale Erfordernisse.

Tatsächliches oder besser materielles Erfordernis ist die Verschollenheit. Dessen begriffliche Bestimmung geben weder die Gesetzbücher, noch steht die Litteratur auf einheitlichem Standpunkt. Der herrschende Standpunkt ist: das erste Erfordernis sei die bestimmte Zeit währende Abwesenheit; das erkenne ich aber nicht an, die Abwesenheit ist nicht unbedingt erforderlich zum Begriffe der Verschollenheit.[5])

Diejenigen, welche zur Verschollenheit den Begriff der Abwesenheit fordern, stehen unter der Wirkung des ersten Entwurfes und der dazu angefertigten Motive, der ausdrücklich in § 6 bei der Bestimmung des Begriffes der Verschollenheit die Abwesenheit erwähnt und beschränkt den Begriff der Verschollenheit auf die Person der Abwesenden, bezüglich derer die Vorbedingungen der Todeserklärung obwalten. (§ 6—8.) Unser

---

[4]) Seuffert § 294, Anm. 2.
[5]) Planck I 80.

bestehendes Recht, Entwurf und BGB. geben keinen Begriff der Verschollenheit; so verstehen wir darunter, was die allgemeine Meinung dafür hält. Verschollen ist derjenige, dessen Leben oder Tod gleichmässig unbestimmt ist, von dem wir keine Nachricht hören, der spurlos verschwunden ist, ohne dass indessen er sich unbedingt von seinem Wohnort, bezw. Aufenthaltsort entfernt hat; denken wir an Ueberschwemmung, Theaterbrand, Naturereignis etc.[6])

Der Begriff der Verschollenheit setzt nicht voraus den Ablauf einer bestimmten Zeit; sobald wir von seinem Leben Kenntnis erhalten, hat er aufgehört verschollen zu sein; wenn wir indessen alsdann weitere Benachrichtigung von seinem Leben, bezw. von seinem Aufenthaltsort nicht bekommen, dann wird er seit der letzten Nachricht als verschollen angesehen. Bei den Rechtswirkungen der Todeserklärung macht keinen Unterschied der Grund der Verschollenheit; besonders entstehen Rechtsnachteile für den Verschollenen nicht deshalb, weil er aus Zwecken der Strafvermeidung, vielleicht der Vollstreckungsverjährung halber verschollen ist; früher kam das in Betracht, so nach preuss. Gesetz vom Jahre 1763, weiter nach allg. Landrecht: wenn der Verschollene später als 30 Jahre nach seiner Todeserklärung zurückkehrte, so verlor er seinen Anspruch auf Rückforderung des Vermögens wegen seiner Gesetzesverachtung, ja nach den Motiven des 1. Entwurfes des BGB. war die Folge der passiven Haltung des für tot Erklärten, dass sein Anspruch verjährt, obwohl er noch lebt, ohne dass er von seiner Todeserklärung Kenntnis hat. Das war eine äusserst willkürliche Auffassung und deshalb hat das BGB. es aufgehoben. Der Grund des Mangels der Verständigung ist gleichgiltig. Unter der Abwesenheit versteht die allgemeine Auffassung wenigstens die Abwesenheit von der als Wohnsitz dienenden Gemeinde, während jemand verschollensein kann, ohne dass er sich aus der Gemeinde entfernt, wie oben erwähnt. Wichtig ist aber für den Begriff der Verschollenheit, dass sein Aufenthaltsort unbekannt sei, nicht nur bei einzelnen, sondern auch beim zuständigen Gemeindevorstand, weil man sich vorstellen kann, dass im allgemeinen die Menschen nicht wissen, wohin sich jemand entfernt hat, aber seine Gemeinde Kenntnis hat, auch wenn nicht der Be-

---

[6]) Staudinger-Löwenfeld I. 90.

treffende selbst seine Gemeinde benachrichtigt hat, sondern es erst später zur Kenntnis der Gemeinde gelangt ist. Von dem Verschollenen muss man jede Nachricht entbehren betreffs seines Lebens, bezw. von seinem Tode. Im Falle der Verschollenheit, wenn der Tod auch nicht gewiss ist, aber jedenfalls das Leben des Verschollenen sehr fraglich ist, knüpfen sich an die Verschollenheit gewisse Rechtsfolgen, aber am wichtigsten ist doch die Verschollenheit im Hinblick auf die Todeserklärung. So ist eine sich an die Verschollenheit knüpfende Rechtswirkung § 1911 BGB., unser Vormundschaftsgesetz § 28 d. Entwurf § 471 (Pflegschaft) BGB. § 1884 (Aufhören der Vormundschaft mit Verschollenheit des Bevormundeten). Die Person des Verschollenen kommt in vielen Fällen nicht in Betracht, wo seine Zustimmung erforderlich wäre, so bei der erforderlichen Einwilligung bei der Heirat des Minderjährigen (BGB. 1305, U. E.-G. § 8, BGB. 1401. Einwilligung des Ehegatten bei Verfügung der Frau über eingebrachtes Gut, § 1726, 1735 Einwilligung zur Legitimation). Entwurf § 208, 215, BGB. 1746, 1756, Entwurf 224, 233. (Einwilligung zur Annahme an Kindesstatt, BGB. 1883. Aufhören der Vormundschaft im Falle der Legitimirung), oder die Vormundschaftsbehörde ersetzt die seitens des Verschollenen erforderliche Einwilligung. BGB. 1358, 1379, 1447, 1803, 1917, Entwurf § 407.[7]) Irrig ist der Standpunkt von Lehman (S. 51), nach welchem im BGB. an die Verschollenheit, als tatsächlichen Zustand, abgesehen von der für den Abwesenden zu errichtenden Plegschaft, sich Rechtsfolgen nicht knüpfen.

Jede sichere Nachricht, von wo sie auch komme, die zur Kenntnis des Gerichtes gelangt, verhindert die Todeserklärung. Unter dem Verschollenen verstehen wir eine solche Person, deren Aufenthaltsort seit bestimmter Zeit unbekannt ist und von deren Leben oder Tode wir keinen Beweis haben. Entscheidend ist, dass bei dem zuständigen Gericht vollkommene Ungewissheit über die Existenz des Verschollenen herrsche. Ich betone, dass in unserem Rechte m. E. nicht genügend ist, dass die Verwaltungsbehörde des Wohnortes des Verschollenen nichts von ihm weiss, sondern die zuständige Gemeinde darf keine Kenntnis haben, weil das der für die Person des Verschollenen zuständige Heimatsort ist. Die amtlichen Mittei-

---

7) Kohler 286.

lungen geschehen hierdurch in der Verwaltung und Justiz. Der Wohnort ist noch nicht Zuständigkeit, er kommt nur subsidial zur Geltung, so wie der Geburtsort, wenn er nicht zugleich zuständige Gemeinde ist. Soweit wir mit keinem Orte operieren können, werden die Umstände bei der Glaubhaftmachung der Verschollenheit eine entscheidende Rolle spielen, wie sie sowohl unser Entwurf (§ 738), als auch die deutsche CPO. (963) zur Einleitung des Todeserklärungsverfahrens zu verlangen. Es ist, wie wir sahen, zur Verschollenheit nicht ausreichend, dass keine Nachricht da sei, sondern es ist erforderlich, dass auch mit den zur Verfügung stehenden Mitteln keine verschafft werden kann.

Das zweite Erfordernis zur Todeserklärung ist die Frist der Verschollenheit; darunter verstehe ich die Frist, seit der von dem Verschollenen keine Nachricht vorhanden ist, es rechnet also die Zeit mit, zu welcher der Betreffende nicht für verschollen erklärt werden konnte, weil eine bestimmte Frist noch nicht verflossen war. Betreffs der Frist der Verschollenheit, als auch der Berechnungsart weicht unser Entwurf wesentlich vom bestehenden Rechte ab, auch vom deutschen BGB. Ich bemerke indessen im voraus, dass die Todeserklärung regelmässig nicht in dem Zeitpunkt ausgesprochen wird, in dem sie aussprechbar wäre, weil bei der Antragstellung der Ablauf der verlangten Zeit glaubhaft gemacht werden muss (CPO. 963, Entwurf 738). Ausserdem greift in unserem, wie im deutschen Recht das Aufgebotsverfahren Platz, das längere Zeit in Anspruch nimmt.

Ich bemerke aber schon hier, wenn betreffs der Zeit Irrtum obwaltete, besonders wenn bei der Antragstellung die Frist noch nicht abgelaufen, wohl aber zur Zeit der Urteilsfällung, dann ist trotzdem die Todeserklärung auszusprechen, weil die Vorbedingungen nur zur Zeit der Urteilsfällung unbedingt vorhanden sein müssen (Siehe CPO. § 970). Wenn aber im Lauf des Verfahrens sich ergibt, dass obwohl die vorgeschriebene Frist noch nicht abgelaufen ist, der Unterschied aber nur unbedeutend ist, so verschiebt das Gericht an Stelle der Einstellung des Verfahrens, bezw. Zurückweisung des Gesuches den Urteilspruch, bis die fragliche Frist abgelaufen ist. Ich teile nicht den Standpunkt von Hölder, dass die Todeserklärung auch dann zulässig ist, wenn im Laufe der Verhandlung sich der Tod des Verschollenen ergibt. Ebenso wie die Lebensnachricht, so schliesst

die Todesnachricht den Begriff der Verschollenheit aus, § 18 spricht aber auch vom vermuteten Todestage (vergl. BGB.). Daraus, dass Absatz II sagt, dass als Zeitpunkt des Todes die in Absatz II erwähnten Zeitpunkte anzusehen sind, soweit die Nachforschungen ein anderes Resultat nicht ergeben haben, kann man nicht folgern, dass, wenn der Tod nachweisbar wurde, ein Todeserklärungsurteil zulässig wäre. Absatz II bedeutet nur, was unser Entwurf deutlicher ausdrückt, dass im Falle der Todeserklärung das Gericht den Zeitpunkt als Todeszeitpunkt bestimmt, in dem der Eintritt der Todes nach dem Ergebnis des Verfahrens wahrscheinlich ist, aber nicht sicher festgestellt ist, weil in solchem Falle eine Todeserklärung nicht zulässig wäre. Wir dürfen aus Absatz II nicht herauslesen, dass, wenn der Tag des Todes nachgewiesen würde, dann auch die Todeserklärung folgen würde. Unsere Behauptung beweist Absatz I, der vom Verschollenen spricht, weiterhin Absatz II, der auf Wahrscheinlichkeiten hinweist. Nach dem ersten Entwurf des BGB. § 13 war nur dann die Todeserklärung zulässig, wenn das Gericht sich überzeugt hat von der Wahrheit der zur Einleitung des Aufgebotsverfahrens erforderlichen Tatbestände, die zur Begründung des Antrages erforderlich sind. Die Kommission zog diese Textierung nicht in Betracht und setzte an deren Stelle § 970 CPO. und zwar mit der ausgesprochenen Absicht, dass es den von § 13 des 1. Entwurfes des BGB. abweichenden Text zum Ausdruck bringe, dass zur Todeserklärung das Vorhandensein der verlangten Tatbestände bei der Urteilsfällung genüge und ihr früherer Mangel nichts schade.[8])

Nach unserem bestehenden Recht ist nur dann der Verschollene als tot zu vermuten, wenn seit seiner Geburt 80 Jahre verflossen und sein Aufenthaltsort seit 10 Jahren unbekannt ist, ohne Rücksicht auf die Höhe des Alters, wenn er seit 30 Jahren verschollen ist (G.-Artikel § 523 a) b) 1868). Nach § 14 BGB. ist die Todeserklärung zulässig, wenn vom Ende des Jahres an gerechnet, in welchem der Verschollene nach eingetroffenen Nachrichten noch lebte, 10 Jahre lang keine Nachricht von ihm eingetroffen ist; trotzdem kann dadurch, dass das Lebensalter des Verschollenen in Betracht gezogen wird, einerseits die Todeserklärung nicht vor

[8]) Protokoll B. I. S. 23.

dem letzten Tage des Jahres erlassen werden, in welchem der Verschollene sein 31. Jahr vollendet hat,[9]) beziehungsweise wenn er sein 70. Jahr schon vollendet hatte, dann genügten auch 5 Jahre. Ich brauche wohl nicht hervorzuheben, dass die Lebensnachricht nicht endgiltig der Todeserklärung hinderlich ist, sondern höchstens schiebt sie den Anfangspunkt hinaus, während dagegen die Todesnachricht endgiltig die Todeserklärung ausschliesst. Die Vollendung des 70. Lebensjahres wird nicht im Augenblick der Verschollenheit verlangt, sondern kann auch später eintreten, während der Verschollenheit. Nur das ist die Hauptsache, dass bei Urteilsfällung das 70. Jahr und die fünfjährige Verschollenheitszeit vollendet sei.[10]) Aus der Textierung des § 14 Abs. II (BGB.) geht das klar hervor, da er im Allgemeinen davon spricht, wenn der Verschollene sein 70. Lebensjahr vollendet hat, aber nicht sagt, wann, er scheint vom 70. Lebensjahr als durchschnittlicher Lebensgrenze auszugehen. Die verlangten 5 Jahre müssen als Minimum angesehen werden; soviel Zeit wird verlangt ohne Rücksicht darauf, ob der Verschollene das 70. Jahr überschritten hat. Absatz II enthält implicite auch, dass sobald das 70. Jahr eintritt, wir von der gewöhnlichen 10jährigen Zeit absehen müssen, wenn also der Verschollene 63 Jahre alt war, so kann er mit 70 Jahren, d. h. nach 7 Jahren für tot erklärt werden. Argumentum a maiore ad minus. Die Textierung unseres Entwurfes bringt das deutlicher zum Ausdruck, indem § 16 II sagt, wenn seit seiner Geburt 70 Jahre vergangen sind, und vom Ende des Jahres an gerechnet, in dem er noch am Leben war, seit 5 Jahren keine Nachricht mehr vorhanden ist, kann er für tot erklärt werden.[11]) Wenn die 5jährige Frist vergangen ist, dann kann die Todeserklärung ausgesprochen werden, sobald der Verschollene sein 70. Lebensjahr vollendet hat. Was die Zeitberechnung betrifft, so halte ich die Ansicht von Hölder für völlig erzwungen,[12]) der

[9]) Nach dem ersten Entwurf war der Anfang der zehnjährigen Frist, der der Vollendung des 21. Lebensjahres folgende Tag. Entwurf II verwarf dieses aber, sehr mit Recht, und nahm als Anfangspunkt den Zeitpunkt des BGB., weil er die Berechnung erleichtert und ausserdem den Streit über den Geburtstag vermeidbar macht.

[10]) Prot. VI 110.

[11]) Vgl. Dernburg I 132, Goldmann und Lilienthal 41. Hölder 110, Planck I 82; in unserem Recht § 523 a) G.-A. 54, 1868.

[12]) S. 110.

im Gegensatz zum herrschenden Standpunkt behauptet, dass das 70. Lebensjahr schon im vorhergehenden Kalenderjahre vollendet sein muss, damit er schneller als nach 10jähriger Frist für tot erklärt werden kann. Indessen widerspricht § 14 II selbst der Ansicht von Hölder, da er eine solche Beschränkung nicht enthält. Das Ende des Jahres ist nur der Anfang der Berechnungszeit und zwar wegen der Erleichterung und Sicherheit, aber nicht unbedingt, obwohl gewöhnlich, auch ihr Endpunkt. Wie erwähnt, beginnt die 10-, bezw. 5jährige Frist mit dem letzten Tage des Jahres, an welchem der Verschollene nach den letzten Nachrichten noch lebte, es rechnet also nicht der Zeitpunkt der Nachrichten und das ist auch richtiger, als die Verfügung des allgemeinen Landrechts II 18 § 828, die die letzte Nachricht als massgebend annahm. Die spätere Nachricht ist noch keine Sicherheit dafür, dass sie die letzte Lebensnachricht enthalte, es kann eine frühere Nachricht da sein, die vom Leben des Verschollenen im späteren Zeitpunkt Nachricht gibt, als eine spätere Nachricht. Der I. Entwurf des BGB. (§ 6) nahm gleichfalls als massgebend an die letzte Nachricht bei Beginn der Berechnung und nahm zum Anfangspunkt das Ende dieses Tages. An der Textierung des § 14 des BGB. sieht man noch die Wirkung hiervon; so sagt der erste Satz des Absatz 1 «wenn vom Leben des Verschollenen seit 10 Jahren keine Nachricht eingegangen ist», das erscheint so, als ob vom Eingang der letzten Nachricht die 10 Jahre vergehen müssten, aber Absatz III beugt dieser Erklärung vor. Genauer ist § 16, 1 und 2 unseres Entwurfes, der dasselbe in 2 Sätzen ausdrückt, was das BGB. in 3 Absätzen und 4 Sätzen ausdrückt. Wenn der willkürliche Anfangspunkt im konkreten Falle mit dem bei der Untersuchung erlangten Resultate im Widerspruch stand, dann wenden wir ihn nicht einfach an, weil nach § 18 II der Zeitpunkt des § 14 nur einen Aushilfscharakter hat, soweit man in Ansehung des Zeitpunktes zu einem anderen Resultate nicht gelangt ist. Die Berechnung der Frist, bezw. den Standpunkt des BGB. halte ich für richtiger als unser bestehendes Recht, weil wir vom Leben jemandes Nachrichten einziehen können, ohne seinen Aufenthaltsort zu kennen; anderseits ist die Unkenntnis seines Aufenthaltsortes ein sehr schwankender Begriff; es ist fraglich, wann man sagen kann, dass der Aufenthaltsort jemandes unbekannt ist; das ist überhaupt kein sicherer Stützpunkt.

Indessen halte ich nicht für richtig die Begründung des Ausnahme-Zeitpunktes bei den Minderjährigen, besonders die Bestimmung, dass die Jahre der Minderjährigkeit nicht rechnen; das stand schon im A. L. R. II 18 § 829, im bayr. Recht § 103 II, sächsischen BGB. § 829. Der Einwurf ist nicht begründet, dass die 10jährige Frist so wie so kurz ist und das es häufig vorkommt, dass junge Leute, besonders Industrielle, vielleicht um der Militärpflicht zu entgehen, verschwinden und dann nach Ablauf einer gewissen längeren Zeit oder wenn ihre Straftat verjährt, zurückkehren. Man kann nicht sagen, dass dieser Fall im Leben häufig ist, aber davon spreche ich noch unten. Da das BGB. in § 14 ohne jede Beschränkung sagt, dass vor Beendigung des 31. Lebensjahres die Todeserklärung nicht ergehen kann, müssen wir hier von der Begründung absehen, die im allgemeinen von den Jahren der Minderjährigkeit sprechen, denn gewöhnlich fällt das Alter unter 21 Jahren mit der Minderjährigkeit zusammen; mit Zahlen war im ersten Entwurf schon (§ 6) die Zeit hervorgehoben und zwar das 21. Jahr und wir halten uns an die Zahl und nicht an die Grossjährigkeit, d. h. wir ziehen die Grossjährigkeitserklärung nicht in Betracht. Nach dem Redaktoren-Entwurf § 46 beginnt die 10jährige Zeit mit der Volljährigkeit, die heutige Textierung ist klarer. Vor dem 31. Lebensjahr kann die Todeserklärung nicht nur bei den nach § 3 für grossjährig Erklärten nicht ausgesprochen werden, sondern auch nicht bei Ausländern. Dasselbe gilt für unseren Entwurf, nach welchem vor Beendigung des 30. Jahres die Todeserklärung nicht ausgesprochen werden kann. Obwohl es weder bei uns, noch im deutschen Recht ausdrücklich hervorgehoben ist, dass der Antragsteller das 31., bezw. 30, das 70., bezw. 80. Lebensjahr beweisen muss, folgt aus den allgemeinen Grundsätzen, dass ihm der Beweis der Erfordernisse obliegt. Wenn z. B. das 21. Lebensjahr nicht bewiesen werden kann, dann dient das zum Vorteil des Verschollenen, die Frist wird dadurch hinausgeschoben. Betreffs der Ausrechnung des 31. Lebensjahres rechnet auch, da es sich um Lebensalter handelt, der Geburtstag, als Endpunkt gilt der letzte Tag des Monats, der dem Tag vorhergeht, der seiner Benennung oder Zahl nach dem ersten Tage der Frist entspricht.[13]) Nach unserem bestehenden Recht ge-

[13]) BGB. § 187 II.

schieht die Ausrechnung des Zeitraumes bei Monaten und Jahren nach dem Fälligkeitstage; an dem Tage des letzten Monats oder Jahres, das seiner Zahl nach als Anfangspunkt der Frist rechnet, läuft die Frist ab. Bei Rechtserwerb braucht dieser Tag nur anzufangen, bei Rechtsverlust muss er vollkommen beendet sein. Unser Entwurf bringt, wo möglich, zum Ausdruck den Anfang und Endepunkt der Frist, weil in unserem Entwurf der allgemeine Teil fehlt, wo die Aufstellung eines allgemeinen Satzes möglich gewesen wäre.

Das Gericht muss im Laufe der Verhandlung die Altersfrage erledigen,[14]) weil das nichts anderes ist, als Tatbestand, der als Grundlage der Todeserklärung gilt, den im Antrage schon der Antragsteller glaubhaft machen muss. Zum Beweis des 70. Lebensjahres ist der Antragsteller immer bereit, weil er eine kürzere Frist in Anspruch nehmen kann, nicht so beim 31. Jahre des BGB. § 14 I, bezw. 30. Jahres des Entwurfes § 16 I, weil hier sein Interesse der Nichtbeweis wäre. Bei der Todeserklärung ist man im Falle der privilegirten Fristen darüber einig, dass hier die Umstände der Lage die einheitliche Frist rechtfertigen sowohl für Minder- als Grossjährige. Was die Nachricht betrifft, genügt nicht jegliche Nachricht vom Leben zur Verhinderung der Todeserklärung, sondern, obwohl die Entstehungsquelle gleichgiltig ist, ist wichtig das Organ, abgesehen von der Sicherheit. Diejenigen müssen sich Kenntnis verschaffen, von denen das Gericht sich Kenntnis verschaffen kann, also entweder das Gericht oder die Interessierten. Kenntnis Dritter ist an sich belanglos, der Dritte hatte keine Anmeldungspflicht, anderseits kann ein Dritter, der rechtlich nicht interessiert ist, das Urteil nicht anfechten, das Gericht kann von Amtswegen gleichfalls nicht vorgehen, auch wenn es Kenntnis erhält von der Grundlosigkeit des Urteils, nur auf Antrag des Interessierten.[15]) Die Verschollenheit ist ein relativer Begriff.[16]) Der Standpunkt des BGB. stimmt überein mit dem des allg. Landrechts. § 16 unseres Entwurfes stimmt überein mit § 14 des BGB.; abweichend von unserem bestehenden Recht ist die Frist viel kürzer, 10 bezw. 5 Jahre an Stelle der 30, bezw. 10 Jahre. Abgesehen davon, dass eine so lange Frist lästig ist für die Staatsverwaltung,

---

[14]) CPO. 968, Entwurf § 742 II.
[15]) CPO. 962, 974. Entwurf § 736.
[16]) Staudinger I 98, Dernburg I 131, Lehmann 72.

besonders die von der Vormundschaft auszuübende Aufsicht bezüglich des Abwesenheitspflegers, so steht es anderseits im Widerspruch mit den Interessen der Rechtsnachfolger des Verschollenen; besonders für die nächsten Verwandten ist das Vermögen unerreichlich und es würde nur entfernten Verwandten zugute kommen, aber die Erforschung der gesetzlichen Erben ist nicht schwierig bei einer grossen Frist,[17]) weil schliesslich dreissig Jahre keine so grosse Frist sind, dass die Berechtigten nicht das Vermögen des Verschollenen beobachten sollten; noch dazu, wo von Geld die Rede ist, melden sich die Berechtigten, es wäre leicht deren Rangfolge festzustellen. Ein viel überzeugenderer Grund für die kürzere Frist ist, was auch unser Entwurf befolgt, dass die Intentionen des Verschollenen, die Verfügungen von Todeswegen möglicherweise nicht erfüllbar sind. Nur eine Abweichung statuirt unser Entwurf vom § 14 BGB.; nach BGB. kann jemand vor Beendigung des 31. Jahres nicht für tot erklärt werden; nach unserem Entwurf § 16 I genügt das 30. Jahr. Dieser Standpunkt ist ebenso falsch, wie der deutsche, sogar noch willkürlicher; das BGB. geht wenigstens von der Grossjährigkeit aus, was soll aber bei uns 30 Jahre bedeuten. Nach unserem Entwurf würde übereinstimmend mit unserem bestehenden Recht die Grossjährigkeit mit 24 Jahren eingetreten sein, was während der späteren Verhandlungen die Kommission dahin verändert hat, dass nach unserem Entwurf gleichfalls die Vollendung des 21. Jahres verlangt wird, wie in Deutschland, Frankreich, Belgien, Italien, England.[18])

Was für Anomalie infolge dieser ausnahmsweisen Frist entstehen kann, dafür möchte ich ein Beispiel bringen. Nehmen wir an, zwei Personen verschwinden gleichzeitig, 10 Jahre vergehen, alsdann fällt auf beide eine Erbschaft, nehmen wir an, vom selben Erblasser, dann kann jener, der noch nicht 30, bez. in Deutschland 31jährig ist, erben, der andere, der vielleicht nur ein halbes Jahr älter ist, wird nicht erben. Die Motive, die unseren Entwurf für die kürzere Frist bestimmten, stimmen mit denen überein, die schon die Verfasser des BGB. hervorhoben. Das Verfahren der Todeserklärung stützt sich auf das Untersuchungsprinzip, die Entwickelung der heutigen Verkehrsmittel

---

[17]) Im Gegensatze Motive des BGB. I 37.
[18]) Hauptreferat B. I. S. 6.

ist eine Garantie, dass während dieser kürzeren Frist eine solche Sicherheit zu erlangen ist, wie früher während einer längeren Frist. Ausserdem erhalten den Nachlass die, die eher berechtigt sind, es fällt die Auffindung der gesetzlichen Erben nicht schwer,[19]) es belastet den Staat keine Pflegschaft, man kann den letztwilligen Verfügungen eher Geltung verschaffen. Die leitenden Gesichtspunkte heben die Motive des BGB.[20]) scharf hervor, auf Grund deren dieser Teil unserer Motive verfasst ist;[21]) übrigens beanstande ich den Text des § 16 I; er ist undeutlich. Richtiger ist es, den 1. Punkt zu trennen, wie es das deutsche BGB. tut, und besonders zum Ausdruck zu bringen, dass der Verschollene vor dem letzten Tage des Jahrs, in welchem er sein 31. Lebensjahr vollendete, nicht für tot erklärbar ist. Also wäre das der Text des § 16 I. Wenn vom Ende des Jahres an gerechnet, in welchem er der Nachricht nach noch gelebt hat, 10 Jahre keine Nachricht mehr eingetroffen ist. Die Todeserklärung kann nicht erklärt werden vor Ende des Jahres, in welchem der Verschollene sein 31. Jahr vollenden würde. Natürlich verbleibe ich auf meinem Standpunkte, dass ein Altersunterschied unter 70 Jahre nicht erforderlich ist und erwähnte Textierung empfehle ich nur für den Fall, wenn man sich an den Standpunkt des Entwurfes klammert; m. E. wäre es das richtigste, den 2. Satz des Absatz 1 ganz wegzulassen. Die Gründe, die man vorbringt, dass vor Beendigung des 30., bezw. 31. Jahres die Todeserklärung nicht erfolgen soll, sind nur äusserliche; der Grund, dass bei Jüngeren der Tod minder wahrscheinlich ist, hält nicht Stand; warum sollte unwahrscheinlicher sein der Tod eines 27jährigen, als der eines 30—40jährigen, ja m. E. ist er wahrscheinlicher bei den Jüngeren, die körperlich noch nicht so gestählt sind, dass sie die Verschiedenheiten des Klimas oder die Entbehrungen und Leiden ertrügen, sie sind unerfahrener, empfindsamer. Die Gründe der Abwesenheit sind Studien, Sammlung von Lebenserfahrung, grösserer Unternehmungstrieb, sie halten sie nicht zurück, ein Lebenszeichen von sich zu geben, Erzürnung mit Verwandten ist ein seltener Grund für das Entferntsein oder für das Nichtkundgeben von Lebenszeichen. Wer ein Interesse hat oder demselben Gewicht bei-

[19]) Siehe oben.
[20]) B. I. S. 37, 38.
[21]) B. I. S. 70.

legt, gibt sowieso ein Lebenszeichen von sich, übrigens trifft ihn in den seltensten Fällen bei seiner Rückkehr ein Rechtsnachteil, und andernfalls liegt der Grund dagegen, was die kürzere Frist begründet, auch hier vor. Unser Entwurf geht übereinstimmend mit BGB. nicht aus von der Unkenntnis des Aufenthaltsortes, sondern davon, dass keine Nachricht da ist, weil beides sich nicht deckt, letzteres umfasst ersteres, aber nicht umgekehrt. Eine Abweichung vom BGB. besteht betreffs des Anfangspunktes; nach BGB. wird beim letzten Tag dies coeptus pro iam ultimo habetur, während bei uns am Ende des Jahres die Berechnung mit der letzten Minute des letzten Tages des Jahres begonnen werden muss; das ist unnötig. Das Ende des Jahres ist ein genügend bestimmter Anfangspunkt. BGB. § 15 bestimmt richtig an Stelle der gewöhnlichen Frist eine kürzere Frist für die Todesvermutung bei denen, die im Wehrdienst an einem Kriege teilgenommen haben, im Laufe des Krieges verschollen sind. So kann eine solche Person für tot erklärt werden, wenn seit Friedensschluss 3 Jahre vergangen sind; wenn ein Friedensschluss nicht zustande kam, dann beginnt die 3jährige Frist mit dem letzten Tage des Jahres, in dem der Krieg beendet wurde. Wenn die Frist vom Friedensschluss an gerechnet wird, alsdann zählt der Tag des Friedensschlusses nicht mit.[22])

Betreffs des Friedensschlusses muss dieser mindestens ein Vorfriede sein, dem dann die Vertragssetzung der Friedenspunkte folgt; der erscheinende Zeitpunkt ist der Vorfriede, der Waffenstillstand genügt nicht.[23]) Wann der Krieg beendet ist, ist Tatfrage, häufig eine sehr schwierige, besonders wenn an der Grenze zweier Jahre, ob am Ende oder am Anfang der Krieg beendet wurde, was bei der Berechnung ein Jahr Unterschied macht. Verschollen sind, die amtlich nach dem Friedensschluss, bezw. mit Beendigung des Krieges als solche konstatirt werden, weil in jedem Kriege aus den den Bestand bildenden Personen Einzelne verschwinden, ohne dass ihr Tod sicher konstatirbar wäre. Im Falle, dass vom Verschollenen drei Jahre lang ein Lebenszeichen nicht einlangt, kann mit Recht angenommen werden, dass er gestorben ist; unser

---

[22]) § 187, Abs. I.

[23]) Liszt Völkerrecht S. 214, Gareis: Institutionen S. 212, 222.

Recht erwähnt leider diesen Fall nicht, für diese muss auch die 30-, bezw. 10jährige Frist angewendet werden und die Möglichkeit ist sogar ausgeschlossen, dass wir die 3jährige Frist auf interpretativem Wege anwenden, indem man den Fall als Todesgefahr annimmt, weil expressis verbis die kürzere Frist auf die beschränkt ist, die im Kriege eine schwere Wunde erhalten haben. Wir haben wohl eine Entscheidung, die das Gesetz durchbricht, indem sie bestimmt, dass wenn jemand an einer grösseren Schlacht teilgenommen hat und verschollen ist, das ein Beweis dafür ist, dass er in Todesgefahr war,[24]) aber diese Erklärung ist gesetzwidrig, anderseits beschränkt sie es auf eine grössere Schlacht. Diese Erklärung liessen schon die neueren Entscheidungen ausser Acht. Dt. III, Bd. 3, 56, bestimmt, dass die Frist der 1848—49 Verschollenen 30 Jahre läuft und am 31. Dezember 1849 beginnt. Sehr richtig ging unser Entwurf vor, wenn er die Todeserklärung der am Kriege Beteiligten und im Verlaufe desselben Verschollenen übereinstimmend mit § 15 BGB. geregelt hat mit der Abweichung, dass die 3 Jahre immer von Beendigung des Jahres, in dem der Krieg beendet ist, zählen, ohne Rücksicht auf den Friedensschluss, was auch richtiger ist. Die kürzere Frist begründet dasselbe in beiden Fällen. Weiterhin ist es richtig, dass unser Entwurf keinen Unterschied macht in der Art der Teilnahme, ob er als Mitglied der bewaffneten Macht Teilnehmer war oder ob er anders beteiligt war im Kriege, sei es im In- oder Ausland. Das ist auch nicht entscheidend, dass sie als Mitglieder der bewaffneten Macht des deutschen, bezw. ung. Staates eine Rolle spielen, sie können es auch als Mitglieder einer bewaffneten Macht des Auslandes im Kriege eines ausländischen Staates. § 7 des I. deutschen Entwurfes verlangte noch, dass der Betreffende Mitglied der bewaffneten deutschen Macht sein solle, das ist aber grundlos; die kürzere Frist begründet die Lage; die Lebensgefahr ist dieselbe, ob der Betreffende im In- oder Auslande teilgenommen hat. Es war ein bedeutungsloser Einwand, dass die übrigen Nationen betreffs der Kontrolle des Verlustes die Sicherheit nicht bieten, die das deutsche Heer infolge seiner Einrichtung bietet; den wahren Grund der Beschränkung finden wir darin, dass betreffs der Verschollenheit im Kriege vor dem BGB.

---

[24]) D. t. r. f. B. VII Nr. 98. Raffay c. W. S. 102.

nur einzelne Spezialgesetze Verfügungen trafen, die sich nur in bestimmten Kriegen auf die Verschollenen beschränkten, so das preussische Gesetz 24. Februar 1868, von den Verschollenen von 1864—1866, das Gesetz vom 21. April 1872, von den Verschollenen von 1870—71. Nur gewisse Particular-Rechte enthielten allgemeine Bestimmungen, so das sächs. BGB. § 40.[25]) Die Hauptsache bei der Verwendung der privilegierten Frist ist, dass der für tot zu Erklärende während des Kriegs verschollen ist, dass seit seiner Verschollenheit keine Nachricht von ihm eingelaufen ist, weil sonst die gewöhnlichen Fristen Anwendung finden, sowohl nach unserem Entwurfe, als nach BGB. Also seitdem er im Heere nicht anwesend war, darf von ihm auch keine Nachricht da sein, auch darüber nicht, dass er sich seitdem sonst irgendwo aufgehalten hat, oder dass er in Gefangenschaft geraten ist, oder dass er gestorben ist. Ich teile nicht die Meinung von Löwenfeld,[26]) dass auch auf die Kriegsgefangenen, soweit sie vom Kampfplatze verschwunden sind, sich die Vorschriften des § 15 erstrecken. Es besteht nicht im Falle der Kriegsgefangenschaft die Lebensgefahr, wenigstens nach den modernen Kriegsbestimmungen, welche die kürzere Frist begründen würde. Wer in die Gefangenschaft des Feindes geraten ist, hat aufgehört am Kriege teilzunehmen, die Teilnahme ist aber Vorbedingung für die Anwendung des § 15. Die Kriegsgefangenen spielen eine passive Rolle und stehen den im Absatz VI, § 15 erwähnten Personen nicht gleich, weil diese, wenn sie auch nicht mit dem Schwerte teilnehmen, doch Dienste im Kriege erfüllen. Auf die Kriegsgefangenen ist im Falle ihrer Verschollenheit, wenn überhaupt von einer kürzeren Frist die Rede sein kann, nur § 17 anzuwenden, weil die Kriegsgefangenschaft als eine ausserhalb des § 15, 16 fallende Lebensgefahr anzusehen ist. Entwurf I eines BGB. forderte nur, dass vom Verschollenen nach Friedensschluss keine Nachricht vorliege. Das ist unbegründet, abgesehen davon, dass nicht jeder Krieg mit Friedensschluss endigt; deshalb war es unrichtig, dass er den Anfang der Verschollenheit an den Friedensschluss knüpfte. § 16 III unseres Entwurfes ist in seiner Textierung genauer als § 15 des BGB., während unser Entwurf im Allgemeinen von der Teilnahme am Kriege spricht, spricht das BGB. von der Zugehörigkeit zur bewaffneten Macht;

[25]) Staudinger I. S. 100.
[26]) Staudinger I 101.

deshalb ist es nötig, in Absatz II zu interpretieren, dass die zur bewaffneten Macht gehören, die amtlich (z. B. Post- und Telegraphen-Beamte) oder in dienstlichem Verhältnisse oder z. B. zur freiwilligen Hilfeleistung dort sind. Diese sind zweifellos nicht Glieder der bewaffneten Macht, aber es ist zweckmässig auf sie die kürzere Frist auszudehnen, bei unserer Textierung ist diese Interpretierung nicht erforderlich. Freiwillige Hilfeleister sind z. B. die Krankenwärter, die Händler, die mit Proviant das Heer versehen.[27]) Im allgemeinen versehen Dienst, bezw. reichen Hilfe, alle diejenigen, die einzelne Bedürfnisse des Heeres befriedigen. Hierzu ist nicht erforderlich das amtliche, bezw. dienstliche Verhältnis, die tatsächliche Erfüllung genügt zur Begründung der Zugehörigkeit zur bewaffneten Macht, indessen ist unbedingt erforderlich, dass sie sich zu diesem Zweck dort aufhalten, bezw. dass sie mit dem erwähnten Zweck dort sind, weil die nicht Angemeldeten, die nur zufällig einen Dienst verrichten nicht beobachtbar sind. So können die Berichterstatter, die Photographen, nicht als solche angesehen werden, die dem Heere einen Dienst erweisen, so findet keine Anwendung auf sie der § 15.[28])

Diesen Begriff der Teilnahme an einem Kriege gründet unser Entwurf auf die allgemeine Auffassung, welche die öffentliche Kriegserklärung nicht voraussetzt. Jedenfalls ist die eine das Niederwerfen irgend eines Aufstandes bezweckende Tätigkeit noch kein Krieg. Ebenso findet der § 15 keine Anwendung auf diejenigen, die bei der Durchführung eines blocus pacifique verschollen sind.[29]) A. A. Kohler,[30]) der diesen § auch auf die Kriegsexpeditionen und auf die Unterdrückung eines Aufstandes im eigenen Lande ausdehnt. Obgleich die Lebensgefahr, welche die kürzere Frist begründet, auch in diesen Fällen besteht, schliesst doch die Formulierung des Gesetzes diese Ausdehnung aus. Hier kann höchstens der § 17 des BGB., bez. der § 16 P. 5 zur Anwendung kommen, die Abweichung ist gering, die Frist ist dieselbe; nur der Anfangspunkt ist verschieden. Anderer Ansicht ist auch Schroeder.[31]) Nach ihm darf

---

[27]) Hölder c. W. S. 111.
[28]) Vgl. Dernburg Bd. I. S. 132.
[29]) Gareis: c. W. S. 27.
[30]) Vgl. Kohler, c. W. S. 292.
[31]) c. W. S. 281.

man zwischen dem Kriege und den Kriegsexpeditionen, bezw. Unternehmen keinen Unterschied machen. Der Unterschied sei aus rechtspolitischem Gesichtspunkte unbegründet. Das ist unrichtig: die beiden Fälle sind nicht identisch. Auch sein zweites Argument ist grundlos, dass der Gesetzgeber bei der Regelung des ohne Friedensschluss endenden Krieges an diese Fälle gedacht hat, weil ein ohne Friedensschluss endender Krieg zwischen den zivilisierten Staaten ausgeschlossen ist. Abgesehen davon, dass wir nach den Gedanken des Gesetzgebers nicht forschen können, ist darauf zu erwidern: selbst wenn Schroeder recht hat, auch dann schwebten trotzdem die Kriege, und nicht die Kriegsexpeditionen vor den Augen des Gesetzgebers. Andere Ansicht hat auch B. Lehmann, der den § 15 des BGB. auch auf diejenigen ausdehnt, die während des Kampfes mit den wilden Eingeborenen aus den deutschen Schutztruppen verschollen sind.

Ferner wird auch im Falle eines Krieges derjenige nicht als Angehöriger einer bewaffneten Macht angesehen, welcher sich nicht auf dem Okkupationsgebiete des Feindes befindet, es sei denn, dass dieses Gebiet, zwar nicht der unmittelbare Kampfplatz, aber doch ein mit dem Kriege zusammenhängender Platz ist, an dem die Truppe sich ohne den Krieg nicht befände.[32])

Weil das BGB. von einer bewaffneten Macht spricht, halten wir es für notwendig die bezüglichen Gesetze zu erwähnen (Gesetze vom 9. November 1867; 20. Juni 1872; 2. Mai 1874; 12. Februar 1875.) (Planck Bd. I. S. 821).[33]) Aber die erwähnten Gesetze sind nach dem § 15 nach zwei Richtungen ausgedehnt. Der § 15 beschränkt sich nicht nur auf das deutsche Heer; anderseits der Absatz 2 des § 15 enthält eine Ausdehnung. Ob eine Truppe eine bewaffnete Macht ist oder nicht, darüber entscheiden die Gesetze der beteiligten Truppen in erster Reihe, ferner die internationalen Rechtsprinzipien. Letztere sind auch in der Frage massgebend, ob ein Kampf als Krieg anzusehen ist oder nicht.[34]) Dadurch, dass unser Ent-

---

[32]) Hölder c. W. S. 111.

[33]) Zu der bewaffneten Macht gehören die Mitglieder der Kriegsmarine und der Landwehr.

[34]) Vgl. Rivier S. 364, Liszt S. 208, Gareis S. 192.

wurf den Schluss des Jahres als Anfangspunkt bezeichnet, beugt er einem eventuellen Streite darüber vor, in welchem Zeitpunkte (bezw. Tage) der Krieg beendigt worden ist.

Nach dem ersten Entwurfe des BGB. begann die Frist stets mit dem Friedensschlusse. Aber das ist unrichtig. Denn nicht jeder Krieg endigt mit einem Friedensschlusse. Darum nahm der II. Entwurf bereits den Standpunkt ein, den wir jetzt im BGB. finden. Unser Entwurf liess den Anfangspunkt auf den Friedensschluss fallen. Der Standpunkt des BGB. ist nicht unrichtig: eine grosse Abweichung besteht zwischen den zwei Anfangspunkten nicht. Doch entspricht es mehr der Wirklichkeit, wenn wir in erster Reihe den Friedensschluss als Anfangspunkt nehmen.

Das deutsche BGB. bestimmt eine kürzere Frist im Falle der Seeverschollenheit, als in den Regelfällen. Wer sich bei einer Seefahrt auf einem während der Fahrt untergangenen Fahrzeuge befunden hat und seit dem Untergange des Fahrzeugs verschollen ist, kann für tot erklärt werden, wenn seit dem Untergang ein Jahr verstrichen ist. Für den Beweis des Unterganges des Fahrzeugs kann jedes Beweismittel angewandt werden, welches den Richter davon zu überzeugen imstande ist. Wenn man aber den Verschollenen nach dem Untergange des Fahrzeuges z. B. auf hoher See hat schwimmen sehen, dann findet nicht der § 16, sondern der § 17 Anwendung, bezw. nach unserem Entwurfe der Punkt 5, nicht der Punkt 4; die Frist ist abweichend vom BGB. in beiden Fällen dieselbe.

Der Untergang des Fahrzeuges wird vermutet, wenn es an dem Orte seiner Bestimmung nicht eingetroffen oder in Ermangelung eines festen Reiseziels nicht zurückgekehrt ist, und wenn bei Fahrten innerhalb der Ostsee ein Jahr, bei Fahrten innerhalb anderer europäischer Meere, mit Einschluss sämtlicher Teile des Mittelländischen, Schwarzen und Azowschen Meeres zwei Jahre, bei Fahrten, die über aussereuropäische Meere führen, drei Jahre seit dem Antritte der Reise verstrichen sind. Sind Nachrichten eingegangen, so ist der Ablauf des Zeitraumes erforderlich, der verstrichen sein müsste, wenn das Fahrzeug von dem Orte abgegangen wäre, an dem es sich den Nachrichten zufolge zuletzt befunden hat. Ein festes Reiseziel haben z. B. die Kauffahrteischiffe und die Passagierschiffe. Dagegen fehlt ein festes Ziel oft bei Vergnügungsfahrten und bei den Fahrten der

Fischer. Ob ein festes Reiseziel da ist oder nicht: die Frist ist dieselbe. Der § 16 des BGB. schreibt eine doppelte Verschollenheitsfrist vor; eine für die Person, die andere für das Fahrzeug. Beide müssen bei der Todeserklärung schon verstrichen sein.

Eine Seefahrt ist nur die Fahrt auf der offenen See, die Fahrt, welche auf die See führt, kann sich erst später zur Seefahrt gestalten. Während das Fahrzeug auf einem Flusse oder innerhalb eines Hafens ist, können wir von einer Seefahrt nicht sprechen, wenn sie auch beabsichtigt wurde und wenn auch die Flussfahrt ihre Richtung zur See nimmt (Vgl. Hölder S. 112). Die Vermutung des Unterganges des Fahrzeuges greift nur dann Platz, wenn der Untergang des Fahrzeuges nicht sicher ist. Für den § 16 des BGB. diente als Muster das preussische Gesetz vom 24. Februar 1851, wo bereits beide Fälle — a) der Untergang des Fahrzeuges ist bewiesen, b) wird vermutet — im Gegensatze zu dem bayerischen Rechte geregelt sind. Es ist sehr richtig, dass beide Fälle geregelt sind, weil man den Untergang nicht immer beweisen kann. Das gilt insbesondere bei einer Seefahrt. Hier kann es vorkommen, dass das Fahrzeug untergeht und keine Spur hinterlässt. Auf die Trümmer kann man sich nicht verlassen, schon deswegen nicht, weil man regelmässig nicht bestimmen kann, zu welchem Fahrzeug sie gehörten. Das ungarische und das österreichische Recht vermissen noch die Vermutung des Unterganges. Im Falle der Vermutung des Unterganges sind längere Fristen im BGB. bestimmt, wie im Handelsrechte; die Bedeutung der Todeserklärung ist weittragender, als die Fälligkeit der Versicherungssumme, in welchem Interesse die Vermutung des Unterganges im HGB. § 862 aufgestellt worden ist. Die Verschiedenheit der Seeverschollenheitsfristen beruht auf der Mannigfaltigkeit der Wege, auf denen Nachrichten eingegangen sein könnten, wenn das Fahrzeug nicht untergegangen wäre.

Es fragt sich, welcher der von den im Absatz 2 des § 16 enthaltenen Zeitpunkte zur Anwendung kommen soll. In erster Reihe ist das Reiseziel massgebend. Fehlt dies, so entscheidet der Ausgangspunkt, bezw. die erste See, welche der Verschollene während seiner Fahrt passiert, es sei denn, dass Nachrichten eingegangen sind des Inhalts, dass das Fahrzeug sich inzwischen an einem bestimmten Orte befunden hat. In

diesem Falle wird die Entfernung des angegebenen Ortes für die Berechnung des Weges massgebend sein. Ich nehme den Standpunkt der Motive nicht an, dass das ursprüngliche Reiseziel stets massgebend sein soll, schon deswegen nicht, weil vielleicht ein solches überhaupt nicht bestand und weil anderseits im Gesetze kein Stützpunkt für diese Auffassung vorhanden ist. Also wir müssen stets das Meer für die Fristbestimmung entscheiden lassen auf welchem das Fahrzeug sich befindet. Der Ausgangspunkt der Seefahrt muss nicht unbedingt ein deutscher Hafen sein. Der Umstand, dass den europäischen Seefahrten die aussereuropäischen entgegengestellt sind und bei letzteren die Frist drei Jahre beträgt, beweist nicht, dass der Ausgangspunkt nach der Ansicht des Gesetzgebers ein deutscher Hafen sein muss.[35]) Auch wenn es die Intention der Redaktoren war, so ändert das nichts an der Lage, weil der § 16 für diese Auffassung keinen Grund darbietet. Ich kann Dernburg[36]) und Hölder[37]) nicht beistimmen, dass man immer die grössere Frist nehmen muss, nach Hölder «wenn es möglich ist», nach Dernburg «wenn es den Umständen nach nicht ausgeschlossen ist», dass das Fahrzeug die Grenzen derjenigen See, für welche die kürzere Frist bestimmt ist, überschritten hat, wenngleich dies der ursprünglichen Bestimmung widerstreite. Diese Auffassung entbehrt des gesetzlichen Grundes, sie ist unzweckmässig, weil sie eine Unsicherheit herbeiführt. Ausserdem gibt sie dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum: es wäre möglich, dass bezüglich derjenigen Personen, die sich auf demselben untergangenen Fahrzeuge befunden haben, verschiedene Zeitpunkte für massgebend angenommen würden. Was die Zeitberechnung betrifft, wenn der Untergang des Fahrzeugs zweifellos ist, so findet der § 187, Absatz 1 Anwendung, d. h., der Tag des Unterganges wird nicht mitgerechnet. Wenn aber der Untergang des Fahrzeuges nur vermutet wird, so findet der § 187, Absatz 2 Anwendung. In diesem Falle beginnen die im Absatz 2 des § 16 erwähnten Fristen mit der Abfahrt des Fahrzeuges, wenn Nachrichten nicht eingegangen sind.[38]) Sind jedoch Nachrichten eingetroffen, so beginnt die

---

[35]) Staudinger-Löwenfeld c. W. S. 104.
[36]) c. W. B. I. S. 133.
[37]) c. W. S. 113.
[38]) c. W S. 113.

Frist mit dem Zeitpunkte, in dem das Fahrzeug gesehen wurde. Der Verschollene muss sich ferner zu der Zeit auf dem Fahrzeuge befinden, in der das Fahrzeug untergeht. Das wird vermutet, wenn es nicht bewiesen wird, dass der Verschollene das Schiff verlassen hat, bezw. der Grund seines Aufenthaltes auf dem Fahrzeuge beim Untergange desselben aufgehört hatte. Neben der Auswanderung ist die Seeverschollenheit der häufigste Fall der Verschollenheit. Es macht keinen Unterschied, ob das Fahrzeug ein inländisches oder ein ausländisches, ob es ein Dampf- oder ein Segelschiff ist.[39])

Der § 16 des BGB. findet nur dann Anwendung, wenn der Untergang des Fahrzeuges während der Fahrt auf der offenen See erfolgt ist, aber sie findet keine Anwendung bei einer Teich- oder Flussfahrt, selbst nicht in demjenigen Falle, in dem eine Seefahrt bezweckt wurde, das Fahrzeug aber vorher auf dem Flusse, bezw. auf dem Teiche untergegangen ist.[40]) In solchen Fällen findet der § 17 Anwendung. Unrichtig ist Dressels Ansicht,[41]) ebenso auch Planck (c. W. I., S. 83), Lehmann (S. 129) und auch Dernburg.[42]) Nach Dernburg genügt es, wenn jemand dasjenige Fahrzeug besteigt, das für eine Seefahrt bestimmt ist und dieses während der Fahrt untergegangen ist, wo, das macht keinen Unterschied, z. B. auf einer offenen Rhede oder auf dem zur See führenden Flusse.[43]) Nach den Motiven gilt als Seefahrt auch die Fahrt, welche ein Seefahrzeug auf einem den Zugang zur See bildenden Binnengewässer zurücklegt. Es ist zweifellos, das es begründet wäre den § 16 auf den ganzen Weg auszudehnen, aber das BGB. bezieht den § 16 nur auf die Seefahrten, nicht zugleich auf die Flussfahrten. Auf diese findet vielmehr der § 17 Anwendung.[44]) Es ist kein genügender Grund, dass die Flussfahrten darum nicht in Betracht gezogen worden sind, weil bei dem Untergange eines Fahrzeuges während einer Flussfahrt bestimmt werden kann, ob die Reisenden am Leben sind oder nicht. Dieser Auffassung kann ich nicht beistimmen, schliesslich gehen die

---

[39]) Protokoll B. I. S. 7—9.
[40]) Vgl. Staudinger-Löwenfeld c. W. B. I. S. 183.
[41]) c. W. S. 14.
[42]) c. W. S. 132.
[43]) Vgl. Rehbein I, S. 5; Motive des BGB. B. I, S. 41.
[44]) Planck c. W. B. I. S. 83.

Flüsse durch mehrere Länder hindurch, denken wir nur an die Donau. Unser Entwurf kennt diesen Unterschied nicht.

Wenn es bewiesen wird, dass der Schiffbrüchige auf irgend eine Weise der Gefahr entgangen ist, findet der § 16 des BGB. keine Anwendung, sondern der § 14. Der Umstand, dass die Verschollenen einen Kahn erreicht haben, schliesst die Anwendung des § 16 nicht aus. Es ist ja möglich, dass auch der untergegangen ist, weil der § 16 nicht vom Schiffe, sondern vom Fahrzeug überhaupt spricht; abweichend unser Entwurf; es wäre richtiger auch hier statt «Schiff» vom «Fahrzeug» zu sprechen (§ 16, P. 4). Diesen § möchte ich ausdehnen auch auf den Fall, in dem der Reisende vor dem Untergange des Fahrzeuges herausgesprungen und seitdem von ihm jede Spur verschwunden ist.[45])

Es ist vollkommen unbegründet im Falle der Seeverschollenheit eine kürzere Frist zu bestimmen, wie im Falle sonstiger Lebensgefahr (§ 17 des BGB.). Unser Entwurf macht auch keinen Unterschied. Die Wahrscheinlichkeit des Todes ist dieselbe in beiden Fällen.[46]) Auch Hölder findet den Unterschied unbegründet und ungerecht.[47])

Das ungarische Recht macht keinen Unterschied zwischen Kriegsverschollenheit, Seeverschollenheit und sonstiger Lebensgefahr, sondern es regelt alle drei Fälle einheitlich; nicht so, wie wir sahen, das deutsche BGB. und der ungarische Entwurf.

Nach dem deutschen BGB. gilt folgendes: wer unter anderen als den in den §§ 15, 16 (Kriegsverschollenheit, Seeverschollenheit) bezeichneten Umständen in eine Lebensgefahr geraten und seitdem verschollen ist, kann für tot erklärt werden, wenn seit dem Ereignisse, durch welches die Lebensgefahr entstanden ist, drei Jahre verstrichen sind. Das Ereignis muss mit der Lebensgefahr in causaler Verbindung stehen, ein bestimmtes Ereigniss muss eine bestimmte Lebensgefahr herbeiführen. Aber das allein macht den Tod noch nicht wahrscheinlich, es muss noch eine gewisse Frist verstreichen, die Verschollenheit muss mit dem sie herbeiführenden Ereignisse nicht nur im zeitlichen, sondern auch im causalen Zusammenhange stehen, das Ereignis muss ausschliessen, dass der Tod sicher konstatiert werden könne.[48]) Obzwar man nicht beweisen muss,

---

[45]) Planck c. W. S. 83, Dernburg c. W. B. I, S. 32, Anm. 9.
[46]) A. A. Staudinger-Löwenfeld c. W. S. 104.
[47]) Hölder S. 114.

dass der Verschollene unter anderen als den in den §§ 15, 16 bezeichneten Umständen in eine Lebensgefahr geraten ist, schliesst doch die Anwendbarkeit der §§ 15, 16 die Anwendung des § 17 aus. Es ist nicht notwendig, dass ein Unfall vorliege, um dem § 17 des BGB., bezw. den § 16, P. 5 des ungarischen Entwurfes Geltung zu verschaffen. Die redigierende Kommission des BGB. hat die Beschränkung ausdrücklich verworfen. Der Anfangspunkt der Frist ist in diesem Falle derjenige Zeitpunkt, in dem der Verschollene in eine Lebensgefahr geraten ist. Der erste Entwurf des BGB. enthielt noch keine besondere Bestimmung über den Fall, dass der Verschollene ausser der Kriegsverschollenheit, bezw. Seeverschollenheit in eine Lebensgefahr geraten ist. Wohl aber regelte diesen Punkt der zweite Entwurf. Das österreichische Gesetz vom 13. Februar 1883 gab eine Veranlassung dazu. Die Bestimmung ist notwendig, weil die Polizei, bezw. die Nachforschungen des Strafgerichts den Tod des Verschollenen nicht immer aufdecken (a. A. Motive Bd. I, S. 38). Nach diesen soll der Tod des Verschollenen in den meisten Fällen im Wege eines aus polizeilichen oder strafrechtlichen Rücksichten eingeleiteten Untersuchungsverfahrens gleichwohl ermittelt werden. Für die verbleibenden wenigen Fälle, in welchen der Tod nicht festgestellt werden kann, darf es bei den regelmässigen Voraussetzungen der Todeserklärung unbedenklich bewenden; ein solches Argument darf der Gesetzgeber nicht benützen. Die kürzere Frist ist in diesen Fällen begründet, weil der Tod des Verschollenen sehr nahe liegt. Mit der Benennung beschäftige ich mich nicht, weil ich aufrichtig gestehe, dass ich keine gehörige Benennung weiss. So verschiedene Fälle gehören unter den § 17, dass keiner von den benutzten Ausdrücken erschöpfend ist; so «Landgefahr» (Fischer-Henle S. 9); Unfallverschollenheit.[49])

Der ungarische Entwurf bestimmt die Frist auch im Falle der Seeverschollenheit auf drei Jahre, und setzt zugleich fest, wann der Untergang des Schiffes bei einer Seefahrt vermutet wird. Die Bestimmung ist richtig: der Untergang des Schiffes wird vermutet, wenn ein Jahr nach seinem mutmasslichen Untergang jede Spur verschwunden ist. Als Zeitpunkt des Schiffbruches gilt der letzte Tag der einjährigen Frist. Also unser

[48]) Vgl. Hölder c. W. S. 114.

[49]) Dernburg Bd. I, S. 133, Hölder S. 114, Gareis S. 29, Lehmann S. 130.

Entwurf regelt den Fall des nur vermuteten, nicht aber beweisbaren Schiffbruches, abweichend von unserem Rechte. Es war richtig, die Vermutung nur für den Seeschiffbruch aufzustellen, der Schiffbruch auf den Flüssen ist immer beweisbar, bezw. offenbar; nicht so auf der offenen See. Inbetreff des Todeszeitpunktes ist der Standpunkt des BGB. sehr richtig. Es rechnet mit beiden Fällen, wenn Nachrichten über das Fahrzeug eingegangen sind und wenn nicht. Im letzteren Falle lässt es die Entfernung entscheiden. In dieser Hinsicht ist es präziser als unser Entwurf, ebenso auch darin, dass es nur eine einjährige Frist bestimmt, wenn der Schiffbruch zweifellos ist. Hier genügt auch diese Frist; wenn der Untergang des Fahrzeugs nur vermutet wird, so wird der Zeitraum verlängert. Hingegen ist der Standpunkt unseres Entwurfes insofern richtiger, als der des BGB., als er die Todeserklärung im Falle eines Schiffbruches nicht nur auf die Seefahrten beschränkt. Es kann ja vorkommen, dass man den Tod derjenigen Personen, die sich bei einer Fluss-, bezw. Teichfahrt auf einem während der Fahrt untergegangenen Schiffe befunden haben und seitdem verschollen sind, nicht beweisen kann (Vgl. Motive Bd. I, S. 92).

Nach unserem Entwurfe (§ 16, P. 5) kann derjenige, der unter anderen Umständen als den bei der Kriegs-, bezw. Seeverschollenheit bezeichneten in eine Lebensgefahr geraten und seitdem verschollen ist, für tot erklärt werden, wenn seit dem Aufhören des Ereignisses, durch welches die Lebensgefahr entstanden ist, drei Jahre verstrichen sind. Ist das Aufhören des Ereignisses nicht genau bestimmbar, dann beginnt die Frist von demjenigen Zeitpunkte, in dem das Ereignis wahrscheinlich aufhörte. Die Dauer der Lebensgefahr und die Dauer des Ereignisses fallen regelmässig zusammen. Das Aufhören des Ereignisses, durch welches die Lebensgefahr entstanden ist, wird regelmässig ohne jede Schwierigkeit feststellbar sein. Darum war es richtig diesen Zeitpunkt als Anfangspunkt anzunehmen und nicht den Schluss des Jahres, in welchem das Ereignis geschehen ist. Dieser Zeitpunkt entspricht mehr der Wirklichkeit, mit Rücksicht darauf, dass der Anfangspunkt hier zugleich als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist.

Nach unserem geltenden Rechte ist die Todeserklärung zulässig,[50]) wenn der Verschollene im Kriege schwer verwundet

[50]) § 528 P. c. G. 1868 LIV.

worden, wenn er sich auf einem gescheiterten Schiffe oder in einer anderen nahen Todesgefahr befand und seit der Zeit drei Jahre hindurch vermisst wird. Beispiele für die sonstige Lebensgefahr sind: Bergsteigung, Luftschiffahrt, Polareis, Feuersbrunst, Ueberschwemmung, Grubenunglück. In allen diesen Fällen kann man den Tod der einzelnen Personen keineswegs immer beweisen. In den meisten Fällen kann man den Zeitpunkt des Ereignisses bestimmen; wenn das Ereignis, durch welches die Lebensgefahr entstanden ist, mehrere Tage dauert, dann wird die Frist, sowohl im deutschen wie im ungarischen Rechte von dem Endpunkte, nicht vom Anfangspunkte des Ereignisses gerechnet (Vgl. Planck Bd. I, S. 84, Hölder S. 116. Loewenfeld-Staudinger Bd. I, S. 106 a. A. Helmann S. 8). Wenn der Endpunkt nicht feststellbar ist, so wird die Frist von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem das Ereignis aufhören musste. Hier hat das richterliche Ermessen einen weiten Spielraum. Auf die Zeitberechnung finden der § 187, Absatz 1 und der § 188, Absatz 2 Anwendung.

Auch das österreichische Recht unterscheidet zwischen Kriegsverschollenheit, Seeverschollenheit und sonstiger Lebensgefahr nicht, sondern es regelt diese Arten einheitlich (Vgl. ö. BGB. § 24, P. 3, das Gesetz vom 13. Februar 1883). Es fragt sich, was das deutsche und ungarische Recht unter Lebensgefahr versteht. Das BGB. enthält darüber keine Bestimmung. Unter Lebensgefahr müssen wir das verstehen, was die allgemeine Auffassung dafür hält. Die Lebensgefahr muss nicht unbedingt durch einen Unfall entstehen, anderseits ist nicht jedes Ereignis, durch welches eine Lebensgefahr eventuell entstehen kann, ein lebensgefährliches Ereignis; jeder Weg kann lebensgefährlich sein. Denken wir nur an die Eisenbahnfahrt. Lebensgefährlich sind vielmehr diejenigen Ereignisse, welche die Grösse derjenigen Gefahren, welche uns gewöhnlich umgeben, übersteigen. Das ist der Standpunkt der Literatur, davon ging auch das BGB. und der ungarische Entwurf aus.

Eine Lebensgefahr kann nicht nur durch menschliche Angriffe und Nachstellungen, sondern auch durch Tiere und Naturkräfte herbeigeführt werden. Das lebensgefährliche Ereignis kann nur nach den Umständen des konkreten Falles beurteilt werden. Lebensgefährlich kann unter Umständen auch das Duell, insbesondere das sogenannte amerikanische Duell sein. Jeden-

falls muss die Lebensgefahr den Tod des Verschollenen in hohem Masse glaubhaft machen. Das richterliche Ermessen hat einen weiten Spielraum in dieser Frage. Wenn wir uns zu einem lebensgefährlichen Unternehmen entschliessen; z. B. zu einer Expedition nach dem Nordpol, so wird die Frist nicht vom Ausgange an gerechnet, sondern von der Zeit an, in der die grösseren Gefahren schon entstehen konnten (Dernburg S. 133). Das Ereignis allein, durch welches eine Lebensgefahr entstehen kann, ist noch kein lebensgefährliches Ereignis. Es ist vielmehr immer eine Tatfrage, wenn man sagen kann, dass jemand in eine Lebensgefahr geraten ist; dies kann man entweder unmittelbar oder nur mittelbar beweisen. Ein mittelbarer Beweis ist z. B., dass keine Nachricht von denjenigen eingegangen ist, die einen gefährlichen Weg unternommen haben. Ein unmittelbarer Beweis ist z. B., wenn jemand die Trümmer eines Luftschiffes findet, oder wenn jemand in einer unrettbaren Lage gesehen wurde (Vgl. Kohler, S. 292). Die Formulierung des § 17 des BGB. lässt scheinbar folgern, dass der § 17 nur auf diejenigen Verschollenen anwendbar wäre, die ohne ihr Verschulden in Lebensgefahr geraten sind. Es wirkt jedoch auch auf diejenigen, die die Lebensgefahr selbst herbeiführten, z. B. die betreffenden Personen unternahmen während eines Sturmes eine Kahnfahrt. In dieser Hinsicht ist unser Entwurf richtiger, weil er von den in Lebensgefahr gewesenen Personen spricht, und dadurch ausschliesst, den Herbeiführenden in Betracht zu nehmen. Das macht keinen Unterschied, ob der Verschollene im Auslande oder im Inlande in Gefahr geraten ist. Dieser Paragraph (§ 17) ist ferner ein Beweis dafür, dass die Todeserklärung die Abwesenheit des Verschollenen von seinem Wohn-, bezw. Aufenthaltsorte nicht voraussetzt.

In unserem bestehenden Rechte hat das Todeserklärungsurteil, was den Zeitpunkt des vermuteten Todes betrifft, nur eine deklarative Wirkung, d. h. nicht der Tag der Erlassung des die Todeserklärung rechtskräftig aussprechenden Urteils gilt als Zeitpunkt des Todes. Ursprünglich hat das Todeserklärungsurteil im ungarischen Rechte (§ 528. G. 1868 : LIV) auch in dieser Beziehung eine konstitutive Wirkung gehabt; so auch das österreichische Gesetzbuch. Aber schon die Prozessordnungsnovelle (§ 90, G. 1881 LIX) trat für die deklaratorische Wirkung ein. Auch das österreichische Recht stellte sich im Gesetze vom

13. Februar 1883 in dieser Beziehung auf deklarativen Standpunkt. Dieses Gesetz wurde anlässlich des Brandes des Ringtheaters gebracht.

Dem einheitlichen Zeitpunkte des BGB. gegenüber waren dreierlei Todesvermutungen im ersten Entwurfe des deutschen BGB. übereinstimmend mit dem preussischen und bayerischen Rechte. Nämlich, wenn ungewiss war, ob eine Person, über deren Leben oder Tod keine Gewissheit besteht, einen Erbschaftsanfall erlebt habe, so wird vermutet, dass dieselbe bis zum Ablaufe des siebzigsten Lebensjahres — nicht aber später — gelebt habe. Dieselbe Vermutung galt, wenn ungewiss war, ob ein Ehegatte den anderen Ehegatten überlebt habe, in Ansehung der Vorteile, welche dem überlebenden Ehegatten nach dem Gesetze oder auf Grund eines Ehevertrages für den Todesfall des anderen Ehegatten gebühren (§ 4, Absatz 2, 3). In Ansehung der Beerbung des Verschollenen galt die Vermutung, dass er im Zeitpunkte der Erlassung des Todeserklärungsurteils gestorben sei (§ 21, Abs. 2); in anderer Hinsicht stellte der Entwurf nur die Vermutung auf, dass der Verschollene nicht weiter gelebt hat; so in Ansehung der Ehe. (§ 1235, Abs. 1.)

Also nur im Falle des § 4, Abs. 2 und 3 und des § 21, Abs. 2 war die Lebensvermutung mit der Todesvermutung verbunden. In anderen Fällen bestimmte das Todeserklärungsurteil nur, dass der Verschollene den Zeitpunkt der Erlassung des Todeserklärungsurteils nicht überlebt habe. Also im allgemeinen war der Zeitpunkt des Todes im ersten Entwurfe ungewiss, das war nur gewiss, dass er innerhalb der bis zur Erlassung des Todeserklärungsurteils reichenden Frist lag. Der Standpunkt des ersten Entwurfes ist im höchsten Masse unrichtig; schon aus dem Gesichtspunkte, dass dieselbe Person in gewisser Hinsicht für lebend, in anderer Hinsicht für tot gelten musste.

Sowohl im deutschen, wie im ungarischen Rechte muss der Zeitpunkt des Todes festgestellt werden. Weil die Todeserklärung selbst nur eine Vermutung ist, so ist auch der dabei angenommene Zeitpunkt des Todes nur ein vermuteter. Das kommt sowohl in der Formulierung des deutschen wie des ungarischen Rechtes zum Ausdruck (§ 90, G. 1881 LIX). Sie sagen nicht einfach, welcher Tag der Todestag ist, sondern welcher Zeitpunkt als Todeszeitpunkt anzunehmen sei. Ferner sagen der § 19 des ungarischen Entwurfes und der § 18, Abs. 1 des deut-

schen BGB. ausdrücklich: «Die Todeserklärung begründet die Vermutung.» Wenn der Zeitpunkt des Todes zufolge amtlicher Ermittelungen mit Sicherheit zu bestimmen ist, so kann von der Todeserklärung keine Rede sein. Es soll uns der Absatz II des § 18 des BGB. nicht irreführen, nach welchem die dort erwähnten Termine als Zeitpunkt des Todes anzunehmen sind, sofern nicht die amtlichen Ermittelungen ein anderes ergeben.

Hier haben, wie der ungar. Entwurf es richtig ausdrückt, die Ermittelungen bezüglich der Todeserklärung nur die Bedeutung, dass derjenige Zeitpunkt der vermutete Todeszeitpunkt ist, in welchem der Eintritt des Todes des Verschollenen nach den Belegen des Todeserklärungsverfahrens für wahrscheinlich erscheint (§ 18, Abs. 1). Mangels solcher Belege findet der Abs. II des § 18 Anwendung. Die durch das Todeserklärungsurteil begründete Rechtsvermutung befreit von dem Beweis einer für sich selbst zu beweisenden Tatsache, natürlich mit der Zulassung von eventuellen Gegenbeweisen. Aber die durch die Todeserklärung begründete Rechtsvermutung unterscheidet sich von den anderen Rechtsvermutungen. Bei den letzteren wird eine Tatsache behauptet, deren Beweis Schwierigkeiten bereitet. Deshalb gestattet das Recht das Beweisen anderer Tatsachen, welche im engen Zusammenhang mit der an sich zu beweisenden Tatsache stehen. Werden diese Tatsachen bewiesen, dann hält das Gesetz auch die behauptete Tatsache für bewiesen. Bei der Todeserklärung hingegen behaupten wir nicht, dass der Tod in einem gewissen Zeitpunkte erfolgt ist. Auch berufen wir uns zum Beweise dieses Faktums auf andere Tatsachen nicht: der Beweis des Todes schliesst ja gerade die Todeserklärung aus. Vielmehr behaupten wir nur den Eintritt derjenigen Rechtsfolgen, welche das Todeserklärungsurteil begründet, wie wenn der Verschollene gestorben wäre. Da wenden wir uns nur an dieses Hilfsmittel, weil die Tatsache des Lebens, bezw. des Todes des Verschollenen nicht erwiesen werden kann. Aber die an die Todeserklärung sich knüpfenden Rechtsfolgen verlieren ihre Wirksamkeit mit dem Gegenbeweise, mit Ausnahme einzelner Rechtsverhältnisse, bei denen eine endgiltige Aenderung durch die Todeserklärung herbeigeführt wird. Dazu gehören z. B. aus dem Familienrechte: § 1348 bis 1350; die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1494). Andere werden nur dann

aufgehoben, wenn die für tot erklärte Person ihre Aufhebung verlangt (§§ 1420, 1544, 1679 etc.). Weil im Falle der Todeserklärung nicht nur der Tod vermutet ist, sondern auch der Zeitpunkt des Todes, so kann der Gegenbeweis sich nicht bloss darauf beschränken, dass der für tot Erklärte noch am Leben sei, sondern dass der festgestellte Zeitpunkt des Todes unrichtig sei. Klar hebt dies das ungarische Recht hervor (§ 90, G. 1881 LIX), nach diesem schliesst die Todeserklärung den Beweis nicht aus, dass der Verschollene früher oder später starb, oder dass er noch lebt (Vgl. CPO. § 974; der ungarische Prozessordnungsentwurf § 748, Abs. 3). Dadurch wird der frühere Rechtszustand nicht hergestellt und stark übertreiben die Motive des deutschen BGB. (Bd. I, S. 50) mit ihrer Behauptung, dass mit dem Gegenbeweise eine dem tatsächlichen Rechtszustande entsprechende Rechtslage entsteht, wie wenn das Todeserklärungsurteil überhaupt nicht erlassen wäre. Das gilt nur cum grano salis. Nur soweit es möglich, wird der frühere Rechtszustand hergestellt. Mit der Aufhebung des Todeserklärungsurteils werden nicht alle Rechtswirkungen aufgehoben; auch wird nicht jede Rechtsänderung vernichtet. Doch davon später. Ich weise hier nur auf den § 2370 hin. Es werden teilweise selbst durch das Todeserklärungsurteil, teilweise auf Grund desselben Aenderungen herbeigeführt, welche aufzuheben unmöglich ist. Die Rechtsnachteile der Todeserklärung vollständig ausser Kraft zu setzen, ist ausgeschlossen.

Was den Zeitpunkt des Todes des Verschollenen betrifft, so gilt im ungarischen Rechte als Zeitpunkt desselben der dem Ablauf der 30, bezw. 10 Jahre folgende Tag, bezw. der auf die Lebensgefahr folgende Tag. Im deutschen BGB. gilt als Zeitpunkt des Todes, sofern nicht die Ermittelungen ein Anderes ergeben, in den Regelfällen der Zeitpunkt, in welchem die Todeserklärung zulässig geworden ist (14), in den Fällen der Kriegsverschollenheit der Zeitpunkt des Friedenschlusses oder der Schluss des Jahres, in welchem der Krieg beendigt worden ist; in den Fällen der Seeverschollenheit der Zeitpunkt, in welchem das Fahrzeug untergegangen ist oder von welchem an der Untergang vermutet wird, in den Fällen der sonstigen Lebensgefahr der Zeitpunkt, in welchem das Ereignis stattgefunden hat. Loewenfelds Ansicht[51]) ist unbegründet. Er behaup-

[51]) Staudinger Bd. I, S. 100.

tet, dass die Todeserklärung im Falle des § 14, Abs. 2 vor dem Schlusse des Jahres nicht erfolgen darf, in welchem der Verschollene das siebzigste Lebensjahr vollendet haben würde, der Schluss des Jahres ist der Anfangspunkt, aber nicht unbedingt der Endpunkt. Das Gesetz gibt keine Berechtigung zu dieser Annahme. Es ist nicht notwendig die Frist zu verlängern; so lief eine längere Zeit ab, wenn die Möglichkeit die Todeserklärung zu erlassen nicht auf den Schluss desjenigen Jahres fällt, in dem der Verschollene sein siebzigstes Lebensjahr vollendet hat. Kohler nimmt im Falle der Kriegsverschollenheit als Zeitpunkt des Todes den Termin des Friedensschlusses an oder den Schluss des Jahres, in welchem der Krieg beendigt worden ist. M. E. ist diese Bestimmung sehr richtig, weil man die Verschollenheit während des Krieges nicht kontrolieren kann, sie stellt sich erst nach dessen Beendigung heraus. Es wäre beschwerlich, ja fast unmöglich, den richtigen Zeitpunkt zu bestimmen. Uebrigens haben diese Zeitpunkte nur einen aushelfenden Charakter. Im Falle der Seeverschollenheit, wenn die Zeitdauer bis zu mehreren Tagen hielt, so wird der letzte Tag als Zeitpunkt des Todes angenommen. In den Fällen der sonstigen Lebensgefahr wird auch der letzte Tag genommen. Der ungarische Entwurf ist in dieser Hinsicht viel präziser, weil er ausdrücklich erwähnt, dass das Aufhören des Ereignisses als Zeitpunkt des Todes anzunehmen sei. Wir sehen: in diesen Fällen ist ein früherer Termin als Zeitpunkt des Todes anzunehmen, als der, in welchem die Todeserklärung zulässig geworden ist. Dies ist begründet, weil es auch der Wirklichkeit entspricht; stets ist der Zeitpunkt als Zeitpunkt des Todes anzunehmen, welcher aller Wahrscheinlichkeit nach der Zeitpunkt des Todes sein kann. In dieser Beziehung ist das ungarische Recht das vollständigste. Trotzdem bietet es noch zu Ungewissheiten Gelegenheit. Unser Entwurf rechnet übereinstimmend mit dem deutschen Rechte mit dieser Lage und bestimmt einen solchen Zeitpunkt, welcher nicht so sehr vom individuellen persönlichen Ermessen abhängt, sondern er kann sicherer und einheitlicher bestimmt werden. Im österreichischen Rechte ist (nach dem Gesetze vom 13. Februar 1883) die Vollständigkeit der Rechtsvermutung, also der letzte Tag der 30, 10, bezw. 3 Jahre, als Zeitpunkt des Todes anzunehmen. Der letzte Zeitpunkt ist unrichtig, weil das offenbar der Wahrscheinlichkeit widerspricht.

In den Fällen der Kriegs-, der Seeverschollenheit und der sonstigen Lebensgefahr kann es nur ganz ausnahmsweise vorkommen, dass jemand der Todesgefahr entgangen ist. Um uns davon Ueberzeugung zu verschaffen, bedarf es nicht der drei Jahre. So in den Regelfällen, in denen wir den Tod innerhalb der bestimmten Frist vermuten. Im ersten Falle ist es sicher, wenn keine Nachricht von dem Leben des Verschollenen eingegangen ist, dass seinen Tod die Lebensgefahr herbeiführte. Zutreffend nennt Kohler diese Zeit «die Probezeit».[52])

Nach unserem Entwurfe ist als Zeitpunkt des Todes anzunehmen, a) der der 10-, bezw. 5jährigen Frist folgende Tag, b) der Schluss des Jahres, in dem der Krieg beendigt worden ist, c) der Zeitpunkt, in welchem das die Lebensgefahr herbeiführende Ereignis endigt. Diese Zeitpunkte sind natürlich nur dann anzunehmen, sofern nicht die Ermittelungen etwas anderes ergeben. Wenn während des Verfahrens sich sichere Belege für den Tod herausstellen, dann endigt das Todeserklärungsverfahren als gegenstandslos. Sowohl das deutsche BGB., wie der ungarische Entwurf (§ 18) rechnen mit dem Umstande, dass bei dem Todeszeitpunkte nicht nur der Tag, sondern auch die Stunde wichtig sein kann, darum bestimmen sie: wenn die Todeszeit nur dem Tage nach festgestellt ist, so gilt das Ende des Tages als Zeitpunkt des Todes (§ 18, Abs. 4 BGB.). Daraus folgern wir per analogiam folgendes: Wenn der Eintritt des Todes sicher ist, aber nur innerhalb einer gewissen Zeitdauer — sagen wir, das die Lebensgefahr herbeiführende Ereignis nahm mehrere Tage in Anspruch — dann gilt der letzte Tag als Zeitpunkt des Todes, weil er sicherer ist, als der Anfangspunkt. Entscheiden wir uns für den Anfangspunkt, so können daraus Verwirrungen entstehen.[53])

Von der Todeserklärung ist derjenige Fall verschieden, bei dem der Tod zweifellos und nur der Zeitpunkt des Todes ungewiss ist, z. B. das Ertrinken. Da kann die Todeserklärung nicht Platz greifen. Auch gibt es kein besonderes Verfahren zur Bestimmung des Todeszeitpunktes. Von dem wichtigsten Falle enthalten die modernen Gesetzbücher Bestimmungen, nämlich wenn mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen sind.

---

52) S. 291.

53) Planck Bd. I, S. 87 a. A. Hölder.

Wichtig ist die Bestimmung des Zeitpunktes besonders in Anbetracht des Erbrechtes. (Darüber näheres unten.)

Auch unser Entwurf kennt keine allgemeine Lebensvermutung, bezw. Todesvermutung. Wer entweder aus dem Leben oder aus dem Tode einer Person Rechte herleiten will, muss das Leben, bezw. den Tod des Betreffenden beweisen. Das ist der Rechtszustand in unserem bestehenden Rechte (Entscheidungen N. F., Bd. 17, S. 31) und im deutschen BGB. Anders in dem Entwurfe von Zürich. Nach diesem wird der Verschollene von der Ankunft der letzten Nachricht an 15 Jahre lang als lebend vermutet, es sei denn, dass für seinen Tod eine grosse Wahrscheinlichkeit spricht, deren Vorhandensein immer durch den Richter bestimmt wird, oder er sein achzigstes Lebensjahr vollendet hätte, wenn er noch lebte. In diesen Fällen kann die Verschollenheitserklärung und nach dem Ablaufe weiterer 15 Jahre, wenn keine sichere Nachricht von dem Verschollenen eingegangen ist, die Todeserklärung verlangt werden.[54])

Doch bestimmen das BGB. und der ungarische Entwurf eine Ausnahme von der Regel.[55]) Nämlich solange die Todeserklärung nicht erfolgt ist, wird das Fortleben des Verschollenen bis zu dem Zeitpunkte vermutet, der nach § 18, Abs. 2 in Ermangelung eines anderen Ergebnisses der Ermittelungen als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist,[56]) so auch im ungarischen Entwurfe.[57]) Eine weitere Ausnahme ist der Fall der Todeserklärung. Das deutsche BGB. und der ungarische Entwurf rechnen mit dem Umstande, dass das Leben, bezw. der Tod des Verschollenen in einzelnen Fällen nicht beweisbar ist, aber das Interesse der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit es erheischen, dass die Rechtsverhältnisse der verschollenen Person nicht im Schwebezustand bleiben. Die Rücksicht auf den Abwesenden erfordert es nicht, dass wir die durchschnittliche Grenze des menschlichen Lebens für die Todeserklärung zu Grunde legen. Heute ist diese übertriebene Vorsicht nicht notwendig, da die Verkehrs- und Kommunikationsmittel so entwickelt sind. Das allgemeine und das private Interesse erheischen die Regelung gleichmässig. Der eine Gesichtspunkt des allge-

---

[54]) Vgl. ung. Motive Bd. I, S. 681.
[55]) S. Dt. u. f. B. XVII, S. 31.
[56]) S. Entwurf § 20; d. BG. § 19.
[57]) Vgl. Entwurf § 15; d. BG. § 20.

meinen Interesses ist der ökonomische Gesichtspunkt, die Befreiung des Vermögens von der Gebundenheit, die Freiheit, es in Umlauf zu bringen. Auch die Todeserklärung ist im Dienste des erwähnten Zweckes, die Zweckmässigkeit heischt die Regelung der familien- und vermögensrechtlichen Verhältnisse, wenn wir auch jeden positiven Beweis darüber vermissen, ob der Verschollene am Leben sei oder nicht. Natürlich müssen wir alles mögliche tun, damit die Vermutung der Wirklichkeit möglichst nahe kommt. Darum ist es richtig, wenn sowohl das deutsche BGB., wie das ungarische Recht und der Entwurf das Todeserklärungsurteil zur Wirksamkeit der Todesvermutung verlangen. Das französische Recht kennt die Todeserklärung nicht, doch ist es gezwungen, die Regelung der Rechtsverhältnisse vorzunehmen. Es gestattet, dass nach 4, bezw. 10 Jahren die mutmasslichen Erben des Verschollenen die Verschollenheitserklärung verlangen können. Haben sie diese erreicht, dann können sie das Vermögen vorläufig in Besitz nehmen, und nach dem Ablaufe von dreissig Jahren erfolgt die endgiltige Einweisung. Diese 4, bezw. 10 Jahre hängen davon ab, ob der Verschollene einen Pfleger bestellt hat oder nicht. Nur nach dem Ablaufe von dreissig Jahren ist die Vermutung begründet, dass der Verschollene nicht mehr lebt.

Also nach dem Code civil kann man drei Phasen der Verschollenheit unterscheiden. Die Verschollenheit (absence présumée), welche mit der Verschollenheit von dem Wohnorte, bezw. dem Aufenthaltsorte, respektive mit der letzten Nachricht beginnt und 10 oder 4 Jahre dauert; sodann die absence déclarée, die richterliche Erklärung der Verschollenheit, endlich nach Ablauf von dreissig Jahren erfolgt die endgiltige Einweisung in das Vermögen des Verschollenen. Ueber die Seeverschollenheit und die Kriegsverschollenheit enthält der Code civil keine Bestimmung, die Gesetze vom 13. Januar 1817 und vom 9. August 1871 enthalten keine allgemeinen Bestimmungen, sondern sie beziehen sich nur auf die in den Kriegen vom 21. April 1792, 20. November 1815 und vom 10. Juli 1870 bis 31. Mai 1871 Verschollenen. Die Frist wechselt dort zwischen 2 bis 4 Jahren, je nachdem der Betreffende zu einem innerhalb der europäischen Länder weilenden Heere, respektive zu einem in den europäischen Gewässern befindlichen Heere gehörte.[58])

[58]) Vgl. Code civil Art. 115, 119 bis 121, 129; Zachäria Bd. I, S. 296, Dressel S. 8.

Das französische Recht kennt zwar nicht die Todeserklärung, doch regelt es erschöpfend die Vermögensverhältnisse des Verschollenen. Es nimmt gleichmässig Rücksicht auf die Interessen des Verschollenen und die der zurückgebliebenen Berechtigten. Das Gericht, erste Instanz, welches für den Verschollenen allgemein zuständig ist, ist verpflichtet, die im Interesse des Vermögens notwendigen Massnahmen vorzunehmen, einen Vermögensverwalter zu bestellen, wenn der Verschollene dafür nicht gesorgt hat, oder dessen Amt aus irgend welchem Grunde beendigt ist. Das Verfahren kann nicht von Amtswegen eingeleitet werden: nur auf den Antrag der Berechtigten wird eine Verfügung vorgenommen. Antragsberechtigter ist jeder, der ein Vermögensinteresse daran hat, ferner der Staatsanwalt, den man von den einzelnen Momenten benachrichtigen muss. In gewissen Fällen, wo der Verschollene interessiert ist und es eines Sachverständigen bedarf, ist das Gericht verpflichtet, einen Notar zu bestellen, der den Verschollenen vertreten soll.[59]) Mit der Rückkehr des Verschollenen fällt sein ganzes Vermögen an ihn zurück. Wenn der Verschollene vor der Verschollenheitserklärung stirbt und dies bewiesen wird, so sollen diejenigen sein Vermögen bekommen, die zur Zeit seines Todes seine Erben geworden wären.

Das Verschollenheitserklärungsverfahren verläuft nach Code civil auf contradictorischem Wege zwischen dem Staatsanwalte und dem Antragsteller. Der Antragsteller hat seine Beweise in der Klageschrift vorzubringen, weil der Präsident nur nach dem Anhören des Referenten und des Staatsanwaltes in der Frage der Zulässigkeit des Verfahrens entscheidet. Das Urteil wird durch den Justizminister nach Ablauf eines Jahres nach dem Zeugenverhöre veröffentlicht. Man muss beweisen, dass der Verschollene abwesend ist, dass keine Nachricht eingegangen ist, und endlich, dass es unmöglich sei, eine Nachricht über ihn zu beschaffen.

Der Unterschied zwischen dem französischen, dem deutschen und ungarischen Rechte liegt darin, dass das französische Recht einseitig die Interessen des Verschollenen für massgebend hält, während das deutsche und das ungarische Recht die Interessen

---

[59]) Code civil Art. 112 bis 114, 130, 131, Code de procédure civilart. 83, 859, Zachäria S. 238, Dressel S. 17.

des Verschollenen und der Zurückgebliebenen in Einklang bringen und der Rechtshängigkeit baldigst ein Ende machen.

Sie nehmen auf den Verschollenen nur insoweit Rücksicht, als die natürliche Ordnung der Sachen es erheischt, sie rechnen mit den Verschiedenheiten der einzelnen Fälle und mit dem Alter des Verschollenen.

Das französische Recht will mit der vorläufigen Einweisung in den Besitz des Vermögens des Verschollenen die Interessen des Verschollenen und der Zurückgebliebenen ausgleichen. Aber die vorläufige Einweisung ist schädlich, in erster Reihe vom ökonomischen Gesichtspunkte aus. Sie entzieht das Vermögen auf ungewisse Zeit dem freien Verkehr; ausserdem gefährdet sie die Rechtssicherheit, weil sie einen Irrtum der verfügungsberechtigten Person herbeiführen kann, anderseits wirkt diese Unsicherheit auch auf die Vermögensverwaltung nachteilig. Bei der Vollkommenheit der heutigen Verkehrsmittel kann eine Nachricht vom Verschollenen auch von den entferntesten Gegenden verhältnismässig schnell eingehen, wenn er noch am Leben ist. Die durch das deutsche BGB. und den ungarischen Entwurf festgestellten Fristen sind so bemessen, dass der angeblich Verschollene ein Lebenszeichen geben kann. Nach dem Entwurfe von Zürich[60]) besteht die Verschollenheitserklärung und daneben die Todeserklärung. Der Abwesende wird für verschollen erklärt, wenn zwar der Beweis des Todes unmöglich ist, das Gericht das Ableben jedoch für sehr wahrscheinlich hält, wenn der Verschollene 80 Jahre alt ist, oder wenn seit 15 Jahren von ihm keine Nachricht eingegangen ist. Nach gerichtlicher Aufforderung erfolgt die Verschollenheitserklärung und die Nutzniessung an dem Vermögen des Verschollenen wird seinen nächsten Erben überlassen. Nach Ablauf weiterer 15 Jahre tritt die Vermutung des Todes ein und nach vorläufiger öffentlicher Aufforderung erfolgt die Todeserklärung.

Der § 19 des ungarischen Entwurfes, übereinstimmend mit dem bestehenden Rechte (§ 90, G. 1881 LIX) und mit dem deutschen BGB. (§ 18, Abs. 1), begründet die Vermutung, dass der Verschollene in dem Zeitpunkte gestorben ist, der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist; also bis zu diesem Zeitpunkte wird das Fortleben des Verschollenen ver-

---

[60]) §§ 14—18, § 1970 etc.

mutet. Das Urteil begründet neben der Todesvermutung auch die Lebensvermutung. Das ist auch vom praktischen Gesichtspunkte aus wichtig, weil sonst die Ordnung der Rechtsverhältnisse erschwert würde. Der berechtigte Erbe müsste den Todeszeitpunkt beweisen. Das entspricht auch dem Zwecke der Todeserklärung, welche das Ordnen der schwebenden Rechtsverhältnisse bezweckt. Da ein Gegenbeweis zulässig ist, entsteht demzufolge kein Rechtsnachteil, sondern nur Vorteile für die Ordnung der Rechtsverhältnisse. Unbegründet wäre die beschränkte Vermutung, welche das ungarische Ehegesetz (§ 73, Abs. 2) enthält, nämlich, dass die Todeserklärung die Vermutung dafür begründet, der Verschollene habe nicht länger gelebt, als es in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist. Mithin entscheidet das Todeserklärungsurteil nicht darüber, ob der Zeitpunkt, der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist, der Zeitpunkt des Todes ist, sondern nur, ob der Tod nicht später erfolgt ist. Der § 19 des ungarischen Entwurfes wäre für die Ordnung der Rechtsverhältnisse nicht genügend; weil auch unser Entwurf die allgemeine Lebensvermutung nicht kennt, müsste derjenige, der vom Leben des Verschollenen abhängige Rechte geltend machen will, das Fortleben des Verschollenen beweisen. Das ist aber unmöglich. Darum bestimmt der § 20 unseres Entwurfes, übereinstimmend mit dem § 19 des BGB.: es wird vermutet, dass der Verschollene bis zu dem Zeitpunkt fortgelebt habe, der nach § 18, Absatz 2 in Ermangelung eines anderen Ergebnisses der Ermittelungen als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist. Diese Vermutung hat nur eine provisorische Geltung; sie greift nämlich nur solange Platz, als nicht die Todeserklärung erfolgt ist. Von da an wird der im Todeserklärungsurteil festgestellte Zeitpunkt massgebend sein.

Die Lebensvermutung dient in erster Reihe den Interessen des Verschollenen. Ohne diese Vermutung könnten solche Rechte für ihn nicht geltend gemacht werden, welche von seinem Fortleben abhängig sind. Hingegen konnten seine vererblichen Rechtsverhältnisse durch einen Pfleger für und auch gegen ihn auch ohne diese Vermutung geltend gemacht werden, weil diese Rechtsverhältnisse mit dem Tode des Verschollenen nicht endigen, sondern nur das Subject wechseln, so z. B. seine Schulden und Forderungen. Im Falle der Kriegsverschollenheit, der Seeverschollenheit und der sonstigen Lebensgefahr besteht die Lebens-

vermutung nur eine sehr kurze Zeit lang, weil in diesen Fällen der Beginn der Frist als Zeitpunkt des Todes gilt.

Im § 19 des BGB. ist der Satz, dass die Vorschrift des § 18, Absatz 3 entsprechende Anwendung findet, überflüssig, im ungarischen Entwurfe ist das auch nicht erwähnt.[61]) In jedem Prozesse können wir uns auf die Lebensvermutung berufen; doch ist ein Gegenbeweis zulässig. Die Lebensvermutung ist wirksam, wenn und solange nicht die Todeserklärung erfolgt.[62]) Es ist richtig, als Zeitpunkte der Lebensvermutung die im § 18, Absatz 2 erwähnten zu bestimmen, weil diese regelmässig die frühesten sind, welche als Zeitpunkte des Todes in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt sind. Es ist ferner richtig, dass die Lebensvermutung nicht bis zur Todeserklärung bestimmt ist, weil es fraglich ist, ob die Todeserklärung erfolgen wird oder nicht. Ist sie andererseits erfolgt, dann ergäbe sich, dass der für tot Erklärte in demselben Zeitpunkte lebend und tot wäre. Die Lebensvermutung ist insbesondere in der Frage wichtig, ob an den Verschollenen eine Erbschaft gefallen ist und bei anderen vom Fortleben des Verschollenen abhängigen Leistungen. Die fraglichen Rechte wird sein Pfleger geltend machen. Die Wichtigkeit der Lebensvermutung vor der Todeserklärung rechtfertigt die Vermeidung derjenigen schädlichen Wirkungen, welche ohne sie einträten, insbesondere vom Gesichtspunkte derjenigen Rechte aus, welche eine Verzögerung nicht ertragen können.

So die Unterhaltspflicht gegenüber der Frau, gegenüber den Kindern. Auch ist es ungerechtfertigt, die Lebensvermutung nur durch das Todeserklärungsurteil mit rückwirkender Kraft auszustatten.[63]) Zur Todesvermutung ist die Todeserklärung erforderlich. Nach den Glossatoren wurde das Fortleben des Verschollenen bis zu seiner Todeserklärung vermutet, und so wurde der Verschollene als fortlebend betrachtet, wenn die Todeserklärung nicht erfolgte. Das erschien aber unzweckmässig; darum ist die absolute Lebensvermutung durch die absolute Todesvermutung abgelöst worden, aber auch dieser Standpunkt ist extrem. Deshalb kam ein ausgleichender Zwischenstandpunkt unter dem

---

[61]) Hölder c. W. S. 119.

[62]) Denkschrift S. 6.

[63]) Motive B. I, S. 70.

Einfluss der Theorie und der Praxis zur Geltung, d. h. der Verschollene wird nur solange für lebend vermutet, bis die Wirkungen der Todeserklärung eintreten können. Die absolute Lebensvermutung ist in gewisser Hinsicht ein logisches Unding, hingegen die Todesvermutung ohne Lebensvermutung ist denkbar, wie der Fall in unserem Ehegesetze zeigt (§ 73, Abs. II), welchen ich bereits oben angedeutet habe; das ist nicht unlogisch, aber die Interessen der Zurückgebliebenen werden dadurch verletzt. Wenn aber der Zeitpunkt des Todes in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist, wie im ungarischen Rechte und Entwurfe und im deutschen BGB., dann ist die Lebensvermutung bis zu diesem Zeitpunkte eine logische Notwendigkeit. Denn hier ist ja nicht von zwei nebeneinander stehenden Vermutungen die Rede, sondern nur von einer, dass nämlich der Verschollene in dem Zeitpunkte für tot vermutet wird. Die Folge davon ist, dass der Verschollene bis zu diesem Zeitpunkte gelebt hat (Vgl. § 90, II. Gesetz 1881 LIX). Der Gegenbeweis vernichtet die Lebensvermutung, begründet aber nicht die Todesvermutung; dazu dient vielmehr das Todeserklärungsverfahren, mit dem Gegenbeweise tritt nur die Ungewissheit ein, ob der Verschollene lebt oder bereits gestorben ist, und wenn nachher jemand sich entweder auf das Fortleben oder auf den Tod des Verschollenen beruft, so muss er dies beweisen. Das war im römischen Rechte die Regel. Die Beweisführung geschieht durch die gewöhnlichen Beweismittel. Ohne sie kann niemand seine Rechte geltend machen, bezw. wird niemand von seinen Verpflichtungen befreit. Ich stimme den Motiven unseres Entwurfes nicht bei, dass das Fortleben des Verschollenen deshalb nicht bis zu demjenigen Zeitpunkte vermutet werden kann, in welchem der Eintritt des Todes nach den Ermittelungen für wahrscheinlich erscheint, weil die Ermittelungen von Amtswegen zu veranstalten sind. Die Lebensvermutung setzt kein besonderes Verfahren voraus, sondern man kann sich auf sie auch incidenter berufen. Nicht das ist der Hauptgrund, wenigstens ist es nicht klar. Ein fester Zeitpunkt ist notwendig, bis die Vermutung wirksam sein soll. Aber wer sich auf die Lebensvermutung beruft, hat die Verschollenheit des Verschollenen, bezw. dass er überhaupt am Leben war, zu beweisen. Die Lebensvermutung beschränkt sich so nach dem § 20 des ung. Entwurfes, wie nach dem § 19 des BGB. nur auf die Person

des Verschollenen. Eine allgemeine Lebensvermutung, bezw. Todesvermutung gibt es nicht. Irrig ist Beckh's Ansicht. Er behauptet, dass der § 19 des BGB. auch auf den nicht verschollenen Abwesenden wirkt.[64]) Die Art und die Zeit der Verschollenheit müssen nachgewiesen werden, weil ohne sie der Beweis für die Verschollenheit nicht erbracht werden kann. Die Lebensvermutung verliert ihre Wirkung, sobald der Gegner beweist, dass die im § 18, Abs. 2 erwähnten Zeitpunkte bereits erfolgt sind. Dem gegenüber kann derjenige beweisen, der sich auf die Lebensvermutung beruft, dass der Verschollene auch nach seiner Verschollenheit fortlebte und die Frist demzufolge noch nicht abgelaufen ist, oder — wie in den Regelfällen — dass der Verschollene sein 31., nach ung. Entwurf sein 30. Lebensjahr noch nicht vollendet habe. Ein Gegenbeweis ist auch der, dass der Verschollene gestorben ist. Es ist unrichtig, wenn Eneceerus-Lehmann annehmen, dass der sich auf die Lebensvermutung Berufende zu beweisen hat, dass die im § 18, Abs. 2 erwähnten Zeitpunkte noch nicht erfolgt sind (a. A. auch Mathias Bd. I, S. 71; Kisch Grünhuts Zeitschrift Bd. 29, S. 345). Loewenfeld Staudinger (Bd. I, S. 111). Goldmann Lilienthal (Das BGB. S. 42). Diese Auffassung widerspricht der Intention des § 19, entzieht den Inhalt von der Vermutung, belastet mit einer Beweisführung denjenigen, der ein Recht geltend machen will, wobei ihm dieser Paragraph eben Beistand leisten wollte.[65])

Die Lebensvermutung nach dem § 19 des BGB. ist auch im demjenigen Falle wirksam, wenn für den Rechtsstreit das alte Recht massgebend war. Die Frage des Fortlebens, bezw. des Todes ist eine Beweisfrage. Deswegen ist dasjenige Recht massgebend, welches für die Beweisführung massgebend ist.[66])

Es fragt sich, wie verhält es sich mit der Ehelichkeit der Kinder? Die Todeserklärung begründet die Vermutung, dass der Verschollene in dem Zeitpunkte gestorben sei, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist (BGB. § 18, Ung. Entwurf § 19, Ung. Recht § 90, G. 1881 LIX). Anderseits wird die frühere Ehe nur mit der Schliessung der neuen Ehe aufgelöst (§ 1348 BGB.; § 74 Ung. Ehegesetz). Also: die

[64]) C. W. S. 101.

[65]) Vgl. Beckh S. 107—108.

[66]) C. I. G. Celle den 31. Jänner 1900 Loewenfeld-Staudinger S. 111.

Kinder, welche nach der Verschollenheit, aber vor der neuen Eheschliessung des zurückgebliebenen Ehegatten geboren sind, sind während der ersten Ehe geboren, dessen ungeachtet müssen die Kinder, die nach dem im Todeserklärungsurteile festgestellten Todeszeitpunkte geboren sind, für unehelich betrachtet werden, weil die Todesvermutung die Ehelichkeitsvermutung ausschliesst (Vgl. § 1591 des BGB.; § 189 des ung. Entwurfes). Diese Kinder standen nie unter der elterlichen Gewalt des Vaters, weil diese im Falle der Todeserklärung mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt, endigt (§ 1679 des BGB.). Wichtig ist diese Behauptung auch in Betreff des Erbrechtes (Vgl. Kohler S. 300. a. A. Boschan S. 77).

Boschan nimmt den Standpunkt ein, dass bevor der Tod des Verschollenen zweifellos nicht bewiesen wird, die Ehelichkeit der Kinder nicht angefochten werden kann. Er nimmt den § 1593 isoliert und verbindet ihn mit dem § 1595. Daraus begründet er seine Ansicht. Gleichwohl erkennt er selbst, dass seine Behauptung schwere Folgen nach sich zieht. Denn nach ihm könnte der natürliche Vater sein Kind durch nachfolgende Ehe nicht legitimieren; ferner müsste das Nachlassgericht bei der Geburt eines neuen Kindes den Erbschein als unrichtig erteilt einziehen und einen neuen erteilen, indem das neugeborene Kind als Miterbe figurierte. Das ist, wie bereits durch Neubecker (S. 101) bewiesen wurde, eine Absurdität. Das Kammergericht zu Berlin stimmte Boschan zu.[67]) Gegen das Kammergericht äusserte sich Dr. Th. Olshausen.[68]) Aber sein Standpunkt ist vollständig unbegründet. Er nimmt an, dass die erste Ehe mit der Todeserklärung endigt, solange nicht der vermutete Tod durch einen Gegenbeweis entkräftet wird. Diese Auffassung ist nicht nur rechtswidrig, weil das Recht das Ruhen der Ehe nicht kennt, sondern auch gesetzwidrig (Vgl. § 1348, Abs. II, S. 1). Es fragt sich: wie ist die Stellung derjenigen Kinder des Verschollenen, die innerhalb des im Todeserklärungsurteil festgestellten Todeszeitpunktes, aber nach der Verschollenheit geboren wurden, auch diese Kinder sind, obwohl sie während der Ehe geboren wurden, unehelich, wenn vor der Geburt des Kindes dreihundert und zwei Tage (BGB. 1592), bezw.

---

[67]) Rechtspr. Bd. VI, S. 153.
[68]) D. J. Z. Jahrgang 1903, S. 149.

dreihundert Tage (Ung. Entw. § 189), nach ungarischem Rechte 10 Monate seit der Verschollenheit des Ehemannes abgelaufen sind.[69] Posthumi autem sunt, qui post humationem seu sepulturam patris legitime nascuntur. Et dico, notanter legitime; quia si partus, facta humatione viri, post decem menses fieret; tunc infans ille, recte, de iureque posthumus non diceretur: Non ex thoro, semineque mariti defundi, sed potius ex fornicatione mulieris, praesumeretur in lucem prodiisse.[70] Das bürgerliche Gesetzbuch sagt ausdrücklich: Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, dass die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat (§ 1591, Abs. 1, S. 2). Unser Entwurf gestattet im Interesse der Ehelichkeit des Kindes den Beweis, dass es vor dem Tage der Geburt früher als dreihundert Tage empfangen wurde.[71] Ebenso nach d. BGB., nur da sind statt 300 Tage, 302 Tage genommen (§ 1592, Abs. 2; Vgl. noch österreichisches BGB. 157). Hier ist der Beweggrund das Interesse des Kindes, ferner die Schonung der Frauenehre, obzwar es nach den wissenschaftlichen Untersuchungen vorkommen kann, dass die Entwickelung der Leibesfrucht länger dauert als dreihundert Tage; sie kann auch bis 320 Tage dauern. Mithin ist diese Ausnahme gerechtfertigt.[72] Die Unehelichkeit der erwähnten Kinder kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit binnen Jahresfrist von dem Zeitpunkte an, in welchem er die Geburt des Kindes erfährt, angefochten hat, oder ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist (Vgl. BGB. §§ 1593, 1594). Das ungarische Recht gibt keine gesetzliche Regelung über die Anfechtung der Ehelichkeit der Kinder.[73] Gewöhnlich kann bei Lebzeiten des Mannes die Anfechtung nur durch ihn, nicht aber durch einen Vertreter erfolgen. Auch den Erben steht das Anfechtungsrecht zu, wenn sie beweisen, dass die Unehelichkeitserklärung in ihrem Interesse liegt, während sie im Falle der Ehelichkeit des Kindes in ihren Rechten verkürzt würden.[74] Ferner müssen sie nachweisen, dass der Mann die

---

69) Vgl. Tripartitum P. II. tit. 62.
70) C. Stelle § 3.
71) § 188, Abs. 2.
72) Vgl. ung. Mouve Bd. I. S. 261.
73) Vgl. Raffay c. W., S. 133.
74) L. C. 4793/1902

Geburt des Kindes nicht erfahren hat, oder an der Ausübung seines Anfechtungsrechtes wegen Geschäftsunfähigkeit oder aus sonstigen wichtigen Gründen verhindert war.[75]) Die Klage muss gegen die Mutter und das Kind gerichtet werden. Ist das Kind noch minderjährig, so sind Beklagte die Mutter und der für den Minderjährigen durch das Vormundschaftsgericht bestellte Pfleger.[76]) Die Beweislast trifft den Kläger.[77]) Für die Klageerhebung ist keine Frist bestimmt, während das in der Ehe innerhalb sechs Monate geborene Kind nur dann für unehelich erklärt werden kann, wenn der Mann binnen drei Monaten nach Kenntnis von der Geburt des Kindes, der Ehelichkeit des Kindes widerspricht. Die Mutter, bezw. das Kind hat zu beweisen, dass es ehelich sei. Bei der Ehelichkeit der Kinder macht es keinen Unterschied, ob sie vor oder während der Ehe empfangen wurden, wenn sie während der Ehe geboren sind. Dieses Prinzip wurde vom römischen Rechte übernommen (11 C 5, 27; Nov. 89 c, 8. § 1.[78])

Wenn der Verschollene für tot erklärt worden ist, so wird es so angesehen, wie wenn er in dem von dem Todeserklärungsurteile festgestellten Zeitpunkte gestorben wäre. Das Anfechtungsrecht hat er nicht verloren. Denn er hat die Geburt des Kindes nicht erfahren, wenigstens kann man das Gegenteil nicht beweisen; wir vermissen ja jede Nachricht von dem Verschollenen. Nach unserem Entwurfe kann der gesetzliche Vertreter die Ehelichkeit der nach der Verschollenheit geborenen Kinder im Namen des Verschollenen mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes binnen Jahresfrist, nach Erlangung der Kenntnis von der Geburt des Kindes anfechten. Aber wenn er das versäumt, dann steht dieses Recht dem Verschollenen zu, wenn er zurückkehrt, wie wenn er keinen gesetzlichen Vertreter gehabt hätte (§ 191). Die einjährige Anfechtungsfrist ist begründet, weil er während dieser Frist auch die Beweise einholen kann; wenn der Mann auch abwesend ist, so kann er doch die notwendigen Schritte tun, andererseits genügt diese Frist, weil die Frage der Ehelichkeit, bezw. der Unehelichkeit des Kin-

[75]) L. C. 4435/1900.

[76]) L. 3725/1901.

[77]) C. 6380/1893, Raffay c. W. S. 136.

[78]) Vgl. BGB. § 1591; ung. Entwurf § 186; Code civil aa 382, 314; österreichisches BGB §§ 155, 157, 158.

des nicht lange schweben darf. Das Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertreters ist gerechtfertigt. Denn wenn der Verschollene nicht zurückkehrt, können die Beweise verschwinden, bis das Anfechtungsrecht den Erben zusteht, anderseits wird es auch durch Vermögensinteressen begründet, weil dadurch der Forderung auf Unterhalt des unehelichen Kindes vorgebeugt wird.

Nach unserem Entwurfe steht auch dem Kinde das Recht zu, seine Ehelichkeit anzufechten, wenn der Mann wegen Geisteskrankheit bereits in der Zeit vor der Empfängnis unter Vormundschaft steht, oder wenn der Aufenthalt des Mannes seit der Empfängniszeit unbekannt ist (§ 192). Diese Bestimmung rechtfertigt das Interesse des Kindes daran, dass es von dem natürlichen Vater legitimiert werden könne. Auch ist dadurch die Möglichkeit gegeben, von dem natürlichen Vater Unterhalt zu verlangen. Nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche kann nur für einen geschäftsunfähigen Mann sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Ehelichkeit des Kindes anfechten (§ 1595, Absatz II, S. 1); also unser Entwurf ging noch weiter. Nach der Todeserklärung, die ja die Todesvermutung begründet, dehnen wir den § 198 des ung. Entwurfes auch auf diesen Fall aus. Nach diesem Paragraph kann jeder seine von der Unehelichkeit des Kindes abhängigen Rechte geltend machen, wenn die Ehelichkeit bereits angefochten war, oder wenn der Mann vor dem Ablaufe der Anfechtungsfrist gestorben ist. Ich halte es für zweckmässig, dies auch expressis verbis im § 198 auszudrücken. Den Worten «dem Tode» möchte ich «oder die Todeserklärung» beifügen. Das Interesse dritter Personen verlangt, dass wir dem Anfechtungsrecht die Eigenschaft eines höchstpersönlichen Rechtes nehmen. Es ist wohl möglich, dass der Mann die Geburt des Kindes nicht erfährt, bezw. nicht erfahren kann, oder an der Ausübung des Anfechtungsrechtes verhindert ist. Nach Frank war dies der Rechtszustand auch in unserem bestehenden Rechte.[79]) Die Rechtspraxis beschränkte dieses Recht nur auf die Testament-, bezw. gesetzlichen Erben des Verstorbenen; wenngleich sie regelmässig die Interessierten sind, so ist das doch nicht immer der Fall. Auch nach § 1593 des BGB. steht das An-

[79]) Principia iuris civ. Hung. I. S. 96. Motive Bd. I. S. 272.

fechtungsrecht einem jeden zu, der sein rechtliches Interesse nachweist.[80])

Richtig hat das BGB. bestimmt: wenn mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen sind, so wird vermutet, dass sie gleichzeitig gestorben seien (§ 20). Denselben Standpunkt nimmt auch unser Entwurf ein (§ 15). Der Beweggrund zu dieser Vermutung war, dass wir dadurch der Gerechtigkeit und den praktischen Bedürfnissen genugtun und einem eventuellen Streit vorbeugen. Wir verhüten dadurch, das es für das Schicksal des Nachlasses ausschlaggebend sein soll, wer sich zuerst in den Besitz desselben setzte. Wer die Beweisführung hat, könnte seinen Zweck nicht erreichen, weil der Beweis, dass der eine oder der andere bei einer gemeinsamen Gefahr früher umgekommen sei, regelmässig unmöglich ist. Der erste Entwurf des BGB. hat über diese Frage keine Bestimmung enthalten. Nur der zweite Entwurf nahm diese Bestimmung auf (§ 10). Die Vermutung ist gerechtfertigt. Denn die geringe Abweichung, welche bei denen, die in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen sind, in Betreff des Todeszeitpunktes vorkommt, kann nicht in Betracht kommen, mit Rücksicht darauf, dass der, der ein paar Momente weiter fortlebte, nicht die Vorteile seines Fortlebens geniessen könnte: er hätte keinen Nutzen von der auf ihn anfallenden Erbschaft. Was den Begriff der gemeinsamen Gefahr betrifft, so ist sie immer vorhanden, sobald dasselbe Ereignis den Tod mehrerer Personen verursacht; die Art der Gefahr ist nicht ausschlaggegend. Solche Lebensgefahren sind: Feuersbrunst, Ueberschwemmung, Erdbeben. Die Identität des Ortes ist nicht erforderlich, anderseits ist sie auch nicht genügend, wenn nicht dasselbe Ereignis den Tod verursacht. Es genügt der Beweis der gemeinsamen Gefahr. Es bedarf keines Beweises, dass derselbe Umstand die unmittelbare Ursache des Todes war, bezw. muss man nicht rechtfertigen, dass eine spezielle Todesursache nicht bewiesen werden kann.[81]) Es hat auch keinen Sinn, dass wir den § 20 des BGB. ausschliessen sollen, wenn es zweifellos ist, dass mehrere in einer gemeinsamen Gefahr gestorben sind, aber der Zeitpunkt ungewiss ist, wenngleich gewiss ist, dass die einzelnen in verschiedener Weise gestorben sind. Der von der Todesgefahr Be-

---

[80]) Vgl. §§ 256, 280 CPO.
[81]) A. A. Hölder S. 119.

drohte setzt alle Hebel in Bewegung, um sein Leben zu retten. Warum soll nun die Verschiedenheit der Mittel das tatsächliche Vorhandensein der gemeinsamen Gefahr ausschliessen? Also wenn im Falle eines Schiffbruches einer über Bord springt, der andere in ein Boot flieht und untersinkt, der dritte mit dem untergehenden Schiffe untersinkt, so ist das doch eine gemeinsame Gefahr, weil es sich hier um einen so kurzen Zeitraum handelt, dass er nicht der Beachtung wert ist.[82]) Der Standpunkt des BGB. ist bereits im römischen Rechte aufzufinden, doch kennt das römische Recht folgende Ausnahme: wenn Eltern und Kinder in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen sind, so wird vermutet, dass das mündige Kind später, das unmündige früher starb als seine Eltern (9. § 1, 4, 22, 23, D. 34, 5; 26 pr. D. 23, 4). Müllenbruch will diese Regel auf die Voll-, bezw. auf die Minderjährigen ausdehnen. Es gibt Schriftsteller, die leugnen, dass dieses Prinzip bereits bei den Römern, abgesehen von der eben erwähnten Regel, vorhanden gewesen wäre, und sie behaupten, dass in allen anderen Fällen, wer sich auf das Ueberleben, bezw. auf den früheren Tod einer Person berufen hat, das zu beweisen hatte.[83]) Sowohl das deutsche BGB., wie der ungarische Entwurf begründet nur die Vermutung, gegen welche ein Gegenbeweis Platz greifen kann.[84]) Anderseits ist diese Vermutung allgemein, sie wirkt auf jeden Fall, auf jede Frage, auf jeden Anspruch.

Es ist nicht richtig den § 20 des BGB., bezw. § 15 des ung. Entwurfes auf die in einer gemeinsamen Gefahr Gestorbenen zu beschränken, weil wir dadurch die Lücken des Rechtes nicht ausfüllen. Diese Beschränkung müsste man fallen lassen und bestimmen; wenn mehrere Personen gestorben sind, aber der Zeitpunkt ihres Todes ungewiss ist, so wird vermutet, dass sie gleichzeitig gestorben seien. Uebrigens wird die Sache in der Wirklichkeit so sich stellen, wenn es ungewiss ist, welche von mehreren Personen früher starb, so wird ver-

---

[82]) A. A. Hölder S. 119, Gareis S. 32, nach ihnen wäre eine besondere Gefahr für jeden einzelnen vorhanden.

[83]) So Vangerow I, § 33, II. b. II; Arndts I, § 27; Puchta § 115; Regelsberger 1. § 60. Unser Standpunkt ist vertreten bei Dernburg I, § 50, Windscheid-Kipp I. S. 203, Bekker I § 46, Savigny: System II. 20, Wächter 1. § 50 Löwenfeld (Staudinger Bd. I, S. 122 gegen uns).

[84]) CPO. § 292, ung. CPO. Entwurf § 276, ung. CPO. § 153.

mutet, dass sie gleichzeitig gestorben seien. Solche Personen können einander nicht beerben, weil der Erbe den Erblasser überleben muss und diesen Umstand muss man beweisen.[85]) Ueberhaupt wenn ein Rechtserwerb davon abhängig ist, dass der Betreffende in einem gewissen Zeitpunkte lebte, dann kann der Rechtserwerb für den Betreffenden nicht geltend gemacht werden, so dass das im § 20 des BGB. enthaltene Prinzip im Grossen und Ganzen in der Praxis zufolge des allgemeinen Grundprinzipes der Beweisführung und zufolge der daran sich knüpfenden Rechtsfolgen bestände. Das Recht, welches nicht beweisbar ist, gilt als nicht bestehend.

Der Standpunkt des deutschen BGB. ist in dieser Hinsicht viel vernünftiger und zweckmässiger, als die sehr wankelmütigen und zweckwidrigen Distinktionen in dem französischen und österreichischen Rechte. (Art. 720—722 Code civil.) So macht das erste einen Unterschied nach dem Alter und Geschlechte. Abgesehen davon, dass das Alter nicht immer feststellbar ist, sind diese Rechnungen sehr komplizierte; nämlich, wenn die Verschollenen alle noch nicht 15 Jahre alt waren, dann wird vermutet, dass der jüngste zuerst gestorben sei. Wenn dagegen alle über 60 Jahre alt waren, oder wenn sie teilweise unter 15 Jahre, teilweise über 60 Jahre alt waren, wird vermutet, dass die älteste Person zuerst gestorben sei. Wenn die Verschollenen über 15 Jahre, aber unter 60 Jahre alt sind und demselben Geschlechte angehören, dann wird der Jüngere als später verstorben angesehen; wenn sie hingegen verschiedenen Geschlechtern angehörten und war unter ihnen der Altersunterschied nicht grösser als ein Jahr, so wird vermutet, dass der Mann später gestorben sei.[86])

Wie wir bereits angedeutet haben, hat die Bestimmung des § 20 des BGB. besondere Wichtigkeit im Erbrechte, nämlich im Falle der Errungenschaft, wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, und Mann und Frau in einer gemeinsamen Gefahr gestorben sind. Da fragt es sich: wessen Verwandte sollen die Erben sein? Besonders wichtig ist diese Frage bei denen, unter welchen eine gegenseitige Erbfolge platzgreift. Einer kann den anderen nicht beerben, weil der Erbe den Erblasser über-

---

[85]) Hölder S. 120; Dernburg Bd. I, S. 126; Kohler S. 303.
[86]) Code civil art. 720—722.

leben muss.[87] Diese Vermutung ist auch für die Erlangung des Erbscheins notwendig.[88]

Infolgedessen trägt derjenige, der sich auf die Erbfolge beruft, die Beweislast. Hier findet das Grundprinzip Anwendung, dass derjenige, der auf das Leben einer Person ein Recht begründen will, deren Leben beweisen muss, sonst kann er das Recht nicht geltend machen. Wenn er das Ueberleben nicht beweisen kann, so kann er daraus keinen Vorteil herleiten.

Die Bestimmung des österreichischen Gesetzes ist in dieser Hinsicht aus dem römischen Rechte übernommen.

Die Vermutung, dass einer früher gestorben ist, der andere später, ist vollkommen willkürlich. Grenzen kann man nicht ziehen. Warum soll das minderjährige Kind früher, das volljährige später sterben als seine Eltern?

Im Falle der Todeserklärung können der § 20 des BGB., bezw. der § 15 des ung. Entwurfes keine Anwendung finden, wenngleich die Voraussetzungen der Todeserklärung vorhanden sind. Schon die Formulierung der betreffenden §§ schliesst das aus. Beide Paragraphen sprechen ausdrücklich von Gestorbenen. Es ist wahr, dass die Kommission diesen Paragraph auf den Fall des § 17 ausdehnen wollte, aber das ist nicht geschehen.[89] Der Tod muss bewiesen, nicht nur vermutet werden. Nehmen wir den § 17 des BGB., bezw. § 16 P. 5 des ung. Entwurfes. Wenn hier der Zeitpunkt des Todes einer Person bewiesen wird, so wird dieser Zeitpunkt der Zeitpunkt des Todes der betreffenden Person sein, der Todeszeitpunkt der anderen Personen wird der Zeitpunkt sein, in welchem das Ereignis stattgefunden hat (§ 18, Abs. 2), so dass trotz der gemeinsamen Gefahr der Todeszeitpunkt der betreffenden Personen verschieden sein wird. Oder nehmen wir an, dass verschiedene Gerichte darüber urteilen, nach deren Erkenntnis der Tod in verschiedenen Zeitpunkten erfolgt ist. Da findet der § 20 des BGB., bezw. der § 15 des ung. Entwurfes keine Anwendung.[90]

---

[87]) § 1923 Abs. 1 BGB., ung. Entw. § 1794 Abs. 1.

[88]) § 2354 Abs. 1 P. 3 und Abs. 2.

[89]) Prot. Bd. I. S. 31.

[90]) Vgl. Planck Bd. I, S. 89, Löwenfeld-Staudinger S. 112 a. A. Dernburg Bd. I. S. 126. Nach ihm hätte der § 20 nur im Falle der Todeserklärung Sinn; Gareis S. 32, Hölder S. 120, Böckel S. 486. Nach diesen

Die Frage, wie lange der Verschollene für lebend anzusehen ist, ist so alt, wie die Frage der Todeserklärung selbst, ja sie war eben der Grund zu der Institution der Todeserklärung. Zufolge der Lebensvermutung kann es geschehen, — vorausgesetzt, dass diese Vermutung durch Gegenbeweise nicht entkräftet wird — dass der Verschollene als Erbe in Betracht kommt, obzwar er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte, und die Erbfolge tritt gegen die Hauptregel des Erbrechtes ein, dass nur derjenige Erbe sein kann, der zur Zeit des Erbfalls noch lebt. Aber das ist jedenfalls ein kleineres Uebel, als der Mangel dieser Vermutung, welcher die Erben des Verschollenen empfindlich träfe und ihre Lage erschwerte; denn schliesslich bekämen so nur diejenigen regelmässig die dem Verschollenen zustehende Erbschaft, die die Erben der Verschollenen sind, nur dass die Erben dann auf Grund ihres eigenen Rechtes die Erbschaft unmittelbar bekämen, und nicht nach dem Verschollensein mittelbar.

Die personenrechtlichen Wirkungen der Todeserklärung.

Die Todeserklärung hat nicht nur vermögensrechtliche Wirkungen und selbst diese beschränken sich nicht nur auf das zurückgebliebene Vermögen, sondern sie erstrecken sich auch auf die Rechte, welche erst nach der Verschollenheit entstanden sind. Die Rechtswirkungen der Todeserklärung beziehen sich auch auf die familienrechtlichen Verhältnisse, so besonders auf die Ehe, auf die elterliche Gewalt und auf die gesetzliche Vertretungsmacht. Die Todeserklärung zieht die volle Aufhebung der Rechtsfähigkeit des Verschollenen nach sich; so nach dem BGB., wie nach ungarischem Rechte und Entwurfe. Das war bereits die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des BGB., ausgenommen in den Gebieten, in denen das französische Recht galt. Hier

---

Schriftstellern wirkten die in den einzelnen Todeserklärungsurteilen festgestellten, verschiedenen Zeitpunkte nur auf dritte Personen, aber zwischen den Parteien findet der § 20 des BGB. auf die gegenseitigen Verhältnisse der für tot Erklärten Anwendung. Darauf bemerke ich, dass die Parteien hier nicht interessiert sind. Die Vermutung ist wichtig vom Gesichtspunkte der dritten Personen aus; auf die Erbfolge wird nicht der § 20, sondern der im Urteile festgestellte Zeitpunkt massgebend sein, abgesehen davon, dass das Gesetz zu dieser Doppelerklärung keinen Grund darbietet.

sind die Interessen der Zurückgebliebenen stufenweise immermehr in Betracht gezogen, die Zerstörung der Rechtspersönlichkeit des Verschollenen erfolgte jedoch nicht. Aber was die Todeserklärung in sachlicher Hinsicht betrifft, so war die Rechtslage vor dem BGB. nicht so zweifellos. Auf dem Gebiete des gemeinen Rechts war es streitig, ob die Aufhebung der Rechtsfähigkeit nur die vermögensrechtlichen Verhältnisse betreffe oder auch die familienrechtlichen, bezw. eherechtlichen Verhältnisse. Anfangs wollte man sie unter der Einwirkung des kanonischen Rechtes nur auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse beziehen. Im canonischen Rechte verhinderte der Sakramentscharakter der Ehe, dass die Todeserklärung auch auf das Personenrecht dieselbe Wirkung habe, wie auf das Vermögensrecht. Ausserdem ist auch das in Erwägung gezogen worden, dass die vollständige Wiederherstellung der früheren Rechtslage mit der Rückkehr des für tot Erklärten im erwähnten Falle wenigstens teilweise unmöglich wäre. Nur in der letzten Zeit griff der Gedanke Platz, dass die Todeserklärung mit dem Tode in jeder Hinsicht gleichgestellt werden solle.[91]) Die Todeserklärung wirkt, wie wir bereits angedeutet haben, für und gegen alle, ohne Rücksicht darauf, ob der Betreffende am Todeserklärungsverfahren teilgenommen hat oder nicht, denn der Zweck der Todeserklärung ist eben: den Beweis des Todes zu ersetzen.

Die erste Frage, welche inbetreff der personenrechtlichen Wirkungen der Todeserklärung auftaucht, ist: «welchen Einfluss hat die Todeserklärung auf die elterliche Gewalt? Bezieht sie sich auf die Gewalt des Verschollenen, bezw. auf die auf den Verschollenen bezügliche Gewalt?» Die elterliche Gewalt des Vaters endigt im Falle der Todeserklärung mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt. Wenn der Vater noch lebt, so erlangt er die elterliche Gewalt dadurch wieder, dass er dem Vormundschaftsgerichte gegenüber seinen hierauf gerichteten Willen erklärt (§ 1679 BGB.). Eine bestimmte Form ist für diese Erklärung nicht vorgeschrieben, sie kann mündlich oder schriftlich geschehen, die Hauptsache ist, dass der für tot Erklärte seinen Willen dem Vormundschaftsgerichte mitteile.

Die Erklärung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Es hat zur Folge, dass die Macht des gesetzlichen Vertreters ipso iure en-

---

[91]) Lehmann S. 32.

digt. Das Vormundschaftsgericht muss die Erklärung des Vaters dem gesetzlichen Vertreter des Kindes mitteilen. Die Willenserklärung wird dem Vormundschaftsgerichte gegenüber in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht.[92]) (Inbetreff der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes vgl. § 35, 43 u. fg.; fr. G. G.). Der Vater erlangt die elterliche Gewalt in dem Zustande wieder, in welchem sie ihm ohne den Eintritt der Todeserklärung zustände. Die elterliche Gewalt kann eine Einschränkung durch den § 1637 erleiden, nämlich wenn der zurückgebliebene Ehegatte in der Zwischenzeit eine neue Ehe eingegangen ist. In diesem Falle steht dem Vater nur die Sorge für den Sohn zu, der über sechs Jahre alt ist (Vgl. § 1637, 1635 BGB.), sonst bleibt die elterliche Gewalt in ihrer Vollkommenheit, nämlich steht die Vertretung der Kinder auch in ihren personenrechtlichen Verhältnissen dem Vater zu. Auch in dem Falle findet der § 1679 Anwendung, wenn der Gewalthaber bereits zu einer Zeit für tot erklärt worden ist, da er die elterliche Gewalt erhalten hätte. Nehmen wir an, dass das Kind erst nach der Todeserklärung seines Vaters geboren wird. Im ersten Entwurfe war das ausdrücklich bestimmt (§ 1560). Wenn auch der Vater seine elterliche Gewalt wieder erlangt, dann bleibt vom Vermögen des Kindes freies Vermögen dasjenige, welches auch ohne Beendigung der väterlichen Gewalt das wäre (§ 1650, § 1651). Der Absatz I, § 1679 bricht die allgemeinen Prinzipien durch. Denn er hebt die elterliche Gewalt ohne Rücksicht auf den eventuellen Gegenbeweis auf, also auch dann, wenn der Vater zurückkehrt, oder sich die Unrichtigkeit des vermuteten Todestages herausstellt; in keinem Falle lebt dadurch die väterliche Gewalt wieder auf. Das Gericht muss die Todeserklärung dem Vormundschaftsgerichte mitteilen (§ 50 fr. G. G.).

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Bestimmungen darüber, wann die elterliche Gewalt im Falle der Todeserklärung eines Kindes endigt. Es ist ja wahr, dass dies in den Regelfällen der Todeserklärung gegenstandslos ist, weil die Todeserklärung in diesen Fällen nach § 14 nicht vor dem Schlusse des Jahres erfolgen darf, in welchem der Verschollene das einunddreissigste Lebensjahr vollendet haben würde, also

---

[92]) § 130 Abs. 3 BGB.

in die zehnjährige Frist werden die Jahre der Minderjährigkeit nicht eingerechnet. Doch kann die Frage praktisch werden, nämlich in den Fällen der privilegierten Fristen, weil in diesen Fällen auch der Minderjährige für tot erklärt werden kann. In diesen Fällen endigt die elterliche Gewalt m. E. im Einklang mit § 1679 mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt. Damit endigt auch die Nutzniessung, bezw. Vermögensverwaltung des Vaters an dem Vermögen des Kindes; ferner hat der Vater das Vermögen den Erben seines Kindes herauszugeben und darüber Rechenschaft abzulegen. Die im Familienrechte vorkommende Nutzniessung ist ein Ausfluss der ehemännischen, bezw. väterlichen Gewalt (bezw. eine Teilerscheinung deren Inhaltes). Hier findet die durch die Todeserklärung begründete Todesvermutung Anwendung (§ 18, Abs. 1). Wenn das Kind zurückkehrt, dann kann sein Vater die inzwisohen gezogenen Früchte zurückfordern, ebenso wie der Ehemann, wenn seine Verwaltung und Nutzniessung an dem Vermögen der Ehefrau infolge einer Todeserklärung geendigt ist, deren Unrichtigkeit sich später herausstellt. Denn die Aufhebung ist ja infolge der Vermutung erfolgt (a. A. Kohler S. 298), nach ihm hat der Vater, bezw. der Ehemann kein Recht die inzwischen gezogenen Früchte zu fordern, das Nutzniessungsrecht des Vaters entsteht vielmehr von neuem.

Wenn es sich herausstellt, dass das für tot erklärte Kind noch lebt, so treten die auf die elterliche Gewalt bezüglichen Bestimmungen wieder in Wirksamkeit.

Es taucht hier die Frage auf, welche Wirkungen die Todeserklärung des ehelichen Kindes, bezw. dessen Rückkehr auf die Annahme an Kindes statt hat. Weil die Todeserklärung die Vermutung begründet, dass der Verschollene gestorben ist, darum können seine Eltern, vorausgesetzt, dass sie keine anderen ehelichen Abkömmlinge haben, an Kindes statt annehmen.[93])

Wenn der für tot Erklärte später auch zurückkehrt, so wird dadurch die Giltigkeit der Annahme an Kindesstatt ebenso wenig berührt, wie wenn dem Adoptivvater später eheliche Abkömmlinge geboren werden. Da liegt nur ein Irrthum im Beweggrunde vor, welcher nach BGB., wie nach dem ung. Rechte wirkungslos ist.

---

[93]) § 1741 BGB.; § 221 ung. Entwurf.

Im französischen Rechte ist ein besonderer Abschnitt über die Fürsorge für die minderjährigen Kinder des verschollenen Vaters. Aber die Fürsorge ist nur bis zur Verschollenheitserklärung wirksam; von da an tritt die Vormundschaft ein. Wenn der Verschollene minderjährige Kinder zurückgelassen hat, so steht die Sorge der Mutter zu; der Mutter steht ferner die Erziehung und die Verwaltung des Vermögens der Kinder ebenso unbeschränkt zu, wie dem Vater: sie ist weder auf die Zustimmung des Familienrats noch auf die Genehmigung des Gerichtes angewiesen. Doch kann sie die Einsperrung ihres Kindes nur unter Mitwirkung der Verwandten des abwesenden Vaters beantragen, und die Nutzniessung an dem Vermögen der Kinder steht ihr tatsächlich erst von der Verschollenheitserklärung ihres Mannes an zu. Wenn die Mutter zur Zeit der Verschollenheit des Vaters bereits gestorben ist, oder wenn sie vor der Verschollenheitserklärung des Vaters stirbt, so wird die Fürsorge mit der Genehmigung des Familienrates den nächsten Ascendenten, bei deren Fehlen einem provisorischen Vormund übertragen. Dieselbe Regel findet Anwendung, wenn die Mutter verschollen und der Vater gestorben ist, oder vor der Verschollenheitserklärung der Mutter stirbt. Wenn solche minderjährigen Kinder zurückbleiben, welche nicht aus der Ehe des Verschollenen und der zurückgebliebenen Ehegatten entstammen, so kann der zurückgebliebene Stiefvater, bezw. die Stiefmutter weder die Aufsicht bei der Erziehung, noch die Vermögensverwaltung beanspruchen, sondern das Recht steht auch in diesen Beziehungen nach Verlauf von sechs Monaten seit der Verschollenheit mit Genehmigung des Familienrates dem nächsten Ascendenten, bezw. dem provisorischen Vormund zu. Nach der Verschollenheitserklärung endigen die interimistischen Verhältnisse und treten die Regeln der Vormundschaft in dem Masse und mit der Wirkung ein, wie wenn der Verschollene gestorben wäre. Die Mutter wird definitiv zum Vormund bestellt, aber eventuell wird ihr ein Ratgeber beigeordnet; nämlich dann, wenn der Verschollene diesen entweder durch Testament, oder durch eine vor dem Friedensrichter und dessen Schriftführer, oder vor Notaren abgegebene Erklärung bezeichnet hat. Die Mutter ist nicht verpflichtet die Vormundschaft anzunehmen, wohl aber ist sie verpflichtet bis zur Bestellung des neuen Vormundes dessen Pflichten zu erfüllen. Wenn sie eine neue Ehe eingeht,

dann hängt die Fortsetzung der Vormundschaft von der Erlaubnis des Familienrates ab. Diese Erlaubnis hat sie noch vor der Eheschliessung nachzusuchen, sonst verliert die Vormundschaft nach der Eheschliessung ihre Wirkung und ihr Ehemann ist für die Rechtsfolgen der rechtswidrig fortgesetzten Vormundschaft mit ihr solidarisch verantwortlich. Wenn die Vormundschaft ihr entzogen wird, so steht das Recht ihr nicht zu, für ihre Kinder einen Vormund zu bestellen, selbst die Giltigkeit ihrer früheren Wahl hängt von der nachträglichen Genehmigung des Familienrates ab. Wenn aber die Fortsetzung der Vormundschaft ihr gestattet wird, so wird ihr Ehemann ihr als Mitvormund beigeordnet. Dann haften die Ehegatten für die Verwaltung solidarisch. Die aa 148—155 (Code Civil) regeln die Frage der Einwilligung der Eltern zur Eheschliessung. Die Minderjährigen bedürfen der elterlichen Einwilligung (Männer bis zur Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres, Frauen bis zur Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres). Im Falle einer Meinungsverschiedenheit ist die Meinung des Vaters ausschlaggebend. Ist einer von den Ehegatten gestorben oder nicht imstande, seinen Willen zu äussern, so genügt die Einwilligung des anderen Teils. Wie wir sehen, kennt das französische Recht die Todeserklärung nicht, doch regelt es sehr umständlich und sehr sorgfältig die Fragen, welche bei der Verschollenheit auftauchen können.[94])

Was die Verschollenheit der Minderjährigen betrifft, so wollen wir darüber noch folgendes bemerken: Betrachten wir den Fall, dass die Todeserklärung ausser Wirksamkeit gesetzt wird. Nehmen wir das einfachste Beispiel: der Minderjährige kehrt zurück; dann ist seine Minderjährigkeit dadurch, dass die elterliche Gewalt zufolge seiner Todeserklärung beendigt war, nicht aufgehoben worden und dementsprechend sind seine inzwischen vorgenommenen Handlungen auch rückwirkend zu beurteilen. Insbesondere ist das wichtig für diejenigen Handlungen, welche die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters voraussetzen.

Nach dem BGB. endigt die elterliche Gewalt des Vaters, wenn er für tot erklärt wird, mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt und mit diesem Zeitpunkte beginnt die

---

[94]) Code civil Art. 141—143, 148—155, 160, 389—401, Zachariä Bd. I, S. 271—273, Bd. III, S. 57—62, S. 67—70, Dressel S. 76—79.

elterliche Gewalt der Mutter.[95]) Also das Todeserklärungsurteil hat in dieser Beziehung eine rückwirkende Kraft. Diese Regel erstreckt sich auf die vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgten Todeserklärungen, wenngleich die elterliche Gewalt des Vaters zufolge dieser nicht beendigt wäre (E. G. a. 160). Inbetreff der Sorge für die Person der gemeinsamen Kinder sind die alten Gesetze massgebend (E. G. Art. 206).

Auf die elterliche Gewalt der Mutter finden die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1687 bis 1697 ein Anderes ergibt (§ 1686 BGB.). Im römischen Rechte war die der väterlichen Gewalt ähnliche mütterliche Gewalt noch unbekannt, so auch nach gemeinem Rechte, aber man konnte die Mutter zum Vormund ernennen (Vgl. Dernburg Bd. IV, S. 270). Mit Recht hebt Dernburg hervor (h. t.), dass es ein kühner Schritt war, das Recht der elterlichen Gewalt auch auf die Mutter zu erstrecken. Wenn die Frau diese Gewalt auszuüben in den höheren Kreisen auch fähig ist, so ist sie doch in den niedrigeren Kreisen nicht dazu befähigt; da hilft aber, dass das Vormundschaftsgericht der Mutter unter gewissen Umständen einen Beistand zu bestellen hat.[96])

Nach dem BGB. steht die Sorge für die Person und für das Vermögen des Kindes auch der Mutter zu, ebenso die Vertretungsmacht, ausserdem die Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes mit Ausnahme des freien Vermögens. Bei der Ausübung der elterlichen Gewalt hat sie für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[97]) Was die elterliche Gewalt der Mutter betrifft, so sind noch einige Besonderheiten hervorzuheben. Abweichend von den Fällen, in denen die elterliche Gewalt dem Vater zusteht, hat das Vormundschaftsgericht in gewissen Fällen der Mutter einen Beistand zu bestellen (1687). Wenn die elterliche Gewalt des Vaters nur ruht, so steht die Nutzniessung der Mutter nicht zu (1685, Abs. 1). Die Mutter verliert die elterliche Gewalt, wenn sie eine neue Ehe eingeht (1697 Abs. 1, S. 1).

Während der Minderjährigkeit ruht die elterliche Gewalt der

---

[95]) Vgl. 1679, 1684 Abs. III.

[96]) Vgl. § 1687 BGB.

[97]) Vgl. §§ 1648, 1665—1675, 1676—1683.

Mutter, aber sie hat das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen (1697). Bei dem Vater kann dieser Fall kaum vorkommen, weil ein Mann vor dem Eintritte der Volljährigkeit eine Ehe nicht eingehen darf und es bei Männern auch keine Befreiung von dieser Vorschrift gibt. Aber dieses Hindernis ist nur ein aufschiebendes Hindernis, darum sagte ich nur «kaum».

Die elterliche Gewalt der Mutter tritt mit der Todeserklärung des Vaters ipso iure ein, wie sie auch ipso iure endigt, wenn der Vater nach seiner Rückkehr seinen auf die Wiedererlangung der elterlichen Gewalt gerichteten Willen dem Vormundschaftsgerichte gegenüber erklärt hat. Auch die Mutter ist trotz dieser Beendigung ihrer elterlichen Gewalt zur Fortführung der mit der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes verbundenen Geschäfte berechtigt, bis sie von der Beendigung Kenntnis erlangt oder sie kennen muss. Ein Dritter kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes die Beendigung der elterlichen Gewalt kennt oder kennen muss (§ 1682, 1686). Wenn der Vater die elterliche Gewalt nicht zurückverlangt, so steht sie weiter der Mutter zu.[98]) Die elterliche Gewalt steht der Mutter schon vor der Todeserklärung zu, sie erlangt also die elterliche Gewalt früher, als sie es weiss oder wissen kann; von diesem Zeitpunkte an ist sie der gesetzliche Vertreter des Kindes. Hatte das Kind jedoch einen Vormund oder einen Pfleger, so bleiben die Handlungen dieser Personen in Wirksamkeit. Insoweit hat die rückwirkende Kraft keinen Einfluss: das Gesetz beabsichtigt mit dem § 1684 den Schutz des Minderjährigen. Man kann nicht einen so starren Standpunkt einnehmen wie Planck (Bd. IV, S. 438). Dieser Schriftsteller behauptet: weil mit der Erlangung der elterlichen Gewalt die Vormundschaft und die Pflegschaft endigt, deshalb seien von diesem Zeitpunkte an die Handlungen des Vormundes, bezw. des Pflegers wirkungslos. Folgt man dieser Ausführung, so muss man auch sagen, dass die Mutter, die die elterliche Gewalt nicht ausübt, selbst dann hafte, wenn sie gleich nicht weiss, dass die elterliche Gewalt ihr zusteht. Aber dieses Resultat leugnet auch Plank; wenn er jedoch in seinem Standpunkt konsequent sein will, so muss er

---

[98]) Planck Bd. IV, S. 437 a. A. Knitschky S. 246.

auch dieses Resultat annehmen. Wenn die Mutter geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, oder wenn sie infolge körperlicher Gebrechen unter Pflegschaft steht, dann ruht ihre elterliche Gewalt. Für den Minderjährigen wird ein Vormund bestellt.[99]) Der § 1684 behandelt nur den Fall, dass noch kein gesetzlicher Vertreter vorhanden ist. Uebrigens regelmässig wird die Mutter die elterliche Gewalt bereits vor der Todeserklärung ausüben, weil der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist, bezw. seine elterliche Gewalt ruht (1685 Abs. 1). Zur Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes ist die Mutter vor der Todeserklärung nicht berechtigt.

Die Stellung des der Mutter bestellten Beistandes ist ähnlich der Stellung des Gegenvormundes, aber wenn ihm auch die Verwaltung an dem Vermögen des Kindes entweder im ganzen, oder nur teilweise zusteht, so hat er andererseits die Pflichten und Rechte eines Pflegers. Wie es bereits erwähnt war: die elterliche Gewalt der Mutter ruht, bezw. endigt aus denselben Gründen, wie die des Vaters.

Bei der Regelung der mütterlichen Gewalt lag das französische Recht zugrunde. Das sehen wir bei einem Vergleiche. Das deutsche Recht weicht jedoch vom französischen Rechte im Falle der Verschollenheit eines Verwitweten ab. Da nach BGB. die elterliche Gewalt nur mit der Todeserklärung endigt, gibt es keinen anderen Weg als bis zur Todeserklärung einen Pfleger zu bestellen, der eventuell der Pfleger des Abwesenden sein kann.

Inbetreff der Einwilligung der Eltern weicht das deutsche Recht vom französischen Rechte darin ab, dass es einerseits das Ehrengesuch nicht kennt, anderseits, dass die Kinder, die das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet haben, der Einwilligung der Eltern nicht mehr bedürfen, ferner, dass hier von der Einwilligung der Grosseltern als solcher, oder von der Einwilligung des Familienrates keine Rede sein kann. Das französische Recht kennt die Institution der Legitimation per rescriptum principis nicht, welche bereits durch das römische Recht anerkannt worden ist. Sie kann im Interesse der unehelichen Kinder nicht vermisst werden, weil solche Umstände

[99]) 1676, 1910 Abs. 1, 1773, 1686.

vorkommen können, welche die Legitimation durch nachfolgende Ehe ausschliessen, so auch in unserem Falle, in dem die Mutter verschollen ist, oder wenn sonstige physische oder moralische Umstände im Wege stehen.

Betrachten wir jetzt näher die auf die Legitimation der unehelichen Kinder bezüglichen Rechtsfolgen der Todeserklärung. Hier kann die Rede nur von dem Falle sein, den der § 1723 (BGB.) behandelt. Nach diesem § kann das uneheliche Kind auf Antrag seines Vaters durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärt werden. Zur Ehelichkeitserklärung ist die Einwilligung des Kindes und, wenn das Kind nicht das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat, die Einwilligung der Mutter erforderlich (1726 Abs. 1). Wenn der Vater verheiratet ist, so bedarf er auch der Einwilligung der Frau, nur wenn die Mutter, bezw. die Frau des Vaters zur Abgabe einer Erklärung dauernd ausser Stande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist, ist die Einwilligung der Mutter, bezw. der Frau des Vaters nicht erforderlich (§ 1726, Abs. 3). Das Gleiche gilt auch bei der Annahme an Kindes statt (§ 1746 BGB.). Unter den erwähnten Bedingungen kann auch die Einwilligung der berechtigten Eltern ausbleiben und die Kinder bedürfen bis zur Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres zur Eingehung einer Ehe nur der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Wird sie verweigert, so kann sie durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Einem an Kindesstatt angenommenen Kinde gegenüber steht die Einwilligung zur Eingehung einer Ehe an Stelle der leiblichen Eltern demjenigen zu, welcher das Kind angenommen hat (1306, Abs. 1, S. 1). Wenn ein Ehepaar das Kind gemeinschaftlich oder ein Ehegatte das Kind des anderen Ehegatten angenommen hat, so wird die Rechtslage des betreffenden Kindes mit der Rechtslage der gemeinschaftlichen Abkömmlinge identisch sein, also auch inbetreff der elterlichen Einwilligung werden die oben erörterten Regeln zur Anwendung kommen. Wenn die elterliche Gewalt des Vaters auch ruht, so steht ihm doch die Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes zu.[100])

Nach § 324 des ungarischen Entwurfes endigt die Nutzniessung des Vaters an dem Vermögen des Kindes mit dessen

---

[100]) Vgl. §§ 1723, 1726, 1746, 1747, 1749, 1751, 1757, 1761. 1305, 1306.

Tod, bezw. Todeserklärung. Diese Bestimmung ist überflüssig; denn, wenn das Kind als ökonomisches und physisches Subject aufgehört hat zu existieren, dann endigt auch die elterliche Gewalt natürlich, und es tritt die Erbfolge ein. Diese Bestimmung fehlt auch im deutschen BGB. Der vierte Punkt des § 324 des ungar. Entwurfes kann wegbleiben.

Nach ungar. Vormundschaftsgesetze steht die Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes der Mutter nicht zu, wenn sie nicht der Vormund ist, weil der § 35 die §§ 16 und 17 sich nur auf die das Vermögen des Kindes verwaltende Mutter erstrecken. Nach § 335 des ung. Entwurfes verliert die Mutter die Nutzniessung an dem Vermögen ihrer Kinder und hat über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen, wenn sie eine neue Ehe eingeht. Doch ist Befreiung von dieser Verpflichtung durch das Vormundschaftsgericht zulässig. Wenn die Mutter zufolge ihrer Verheiratung ihre Staatsbürgerschaft verliert, kann das Vormundschaftsgericht für die Vermögensverwaltung des Kindes einen Pfleger bestellen, wenn es im Interesse des Kindes erforderlich ist. Der Grund dieser Bestimmung liegt darin, dass die Geltendmachung der Rechnungslegungspflicht der im Auslande wohnenden Mutter gegenüber Schwierigkeiten macht und ferner die Kontrolle, dass der Vermögensertrag wirklich auf das Kind verwendet wird resp. ist. Uebrigens war der erste Absatz dieses § auch in unserem alten Rechte vorhanden, ebenso im § 35 unseres Vormundschaftsgesetzes, wo es expressis verbis steht, dass die Mutter das Vermögen ihrer Kinder ohne Rechenschaftspflicht regelmässig nur solange verwaltet, bis sie eine neue Ehe eingeht. Diese Verfügung ist auch begründet. Denn wenn sie die Mutter auch nicht von einer unbesonnenen Eheschliessung zurückhält, so ist sie doch eine Sicherheit dafür, dass die Mutter den Vermögensertrag ihrer Kinder unter dem Einfluss ihres Mannes oder aus anderen Gründen zu einem anderen Zweck nicht verwenden kann, als zur Befriedigung der berechtigten Ansprüche ihrer Kinder und sie damit das Vermögen ihrer aus der neuen Ehe entstammenden Kinder nicht vergrössern kann.[101])

Nach dem ersten Punkte des § 326 unseres Entwurfes, übereinstimmend mit § 35 unseres Vormundschaftsgesetzes, steht die

---

[101]) Vgl. Motive Bd. I, S. 484.

Vertretung der Minderjährigen, ferner die Verwaltung und Nutzniessung am Vermögen der Minderjährigen, wenn der Vater gestorben, bezw. für tot erklärt worden ist, der Mutter zu. Aber unser Entwurf enthält keine Bestimmung über den Zeitpunkt. Die Bestimmung des BGB. (§ 1684) ist in dieser Hinsicht richtig.

In der Regel steht die Vertretung, die Vermögensverwaltung und die Nutzniessung der Mutter bereits vor der Todeserklärung zu, das Vormundschaftsgericht entzieht in unserem Falle in der Regel die Vertretungsmacht dem Vater, weil er die Angelegenheiten seiner Kinder zu verrichten dauernd ausser Stande ist (Vgl. § 288 P. 2; § 326 P. 3 u. Entwurfes). Nach § 1685 des d. BGB. steht die Nutzniessung an dem Vermögen der Kinder, während die elterliche Gewalt des Vaters ruht, der Mutter nicht zu. Aber ganz abgesehen vom Interesse des Kindes: schon die Billigkeit erfordert, dass der Ueberschuss an dem Ertrage dem zukomme, dem die Vermögensverwaltung und die Sorge für die Person der Kinder obgelegen hat. Nach unserem geltenden Rechte steht die Vormundschaft der Mutter als dem gesetzlichen Vormunde zu, aus welchen Gründen immer die väterliche Gewalt des Vaters suspendiert, bezw. ihm entzogen worden sei (§ 2, 27, 35 Vormundschaftsgesetz). Denn nur derjenige soll vor der Mutter als Vormund in Betracht kommen, den der im Besitze der väterlichen Gewalt befindliche Vater im Testament oder in einer Notariatsurkunde zum Vormund ernannt hat. Indes ist dies bei Lebzeiten des Vaters wirkungslos.[102])

Es ist eine Lücke in unserem Entwurfe und es kann auf Anomalien führen, dass eine dem Abs. 2 d. § 1679 des BGB. entsprechende Bestimmung darüber fehlt, ob der Vater die väterliche Gewalt wiedererlangt und wodurch. Auch nach dem letzten Absatze des § 326 erlangt der Vater seine Rechte nicht wieder, weil dieser Absatz die Wiedererlangung auf die Fälle des II. und III. Punktes beschränkt. Sodann ist nicht ausgedrückt, dass die Mutter ihre diesbezüglichen Rechte mit der Rückkehr ihres Mannes verliert.[103])

---

[102]) Vormundschaftsgesetz §§ 2, 27, 35.

[103]) Unser Vormundschaftsgesetz, bezw. unsere Vormundschaftsnovelle enthalten erschöpfende Bestimmungen über die Abwesenheitspflegschaft. Diese Pflegschaft bezieht sich auf die Volljährigen; die Minderjährigen stehen unter väterlicher Gewalt, bezw. unter Vormundschaft, und so ist jemand da, der ihre Angelegenheiten auch während ihrer Abwesenheit verrichtet.

Für die Minderjährigen wird ein Pfleger nur ausnahmsweise bestellt (Vgl. §§ 29, 30, Vorm. G.; § 468 uns. Entwurf).

Der abwesende Volljährige erhält einen Pfleger, wenn er sich mindestens seit einem Jahre fern hält und sein Aufenthalt unbekannt ist, oder wenn er an der Rückkehr und der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert ist, vorausgesetzt, dass er keinen Vertreter bestellt hat, oder dass der Vertreter an der Vermögensverwaltung verhindert ist, oder dass das Interesse des Vertreters mit dem seines Auftraggebers zusammenstösst, oder sein Auftrag beendigt ist. In dringenden Fällen kann das Vormundschaftsgericht auch vor dem Ablaufe eines Jahres die auf die Aufrechterhaltung, bezw. die Verwaltung des Vermögens notwendigen Verfügungen treffen. Wenn der Abwesende für den Unterhalt und für die Erziehung seiner minderjährigen Abkömmlinge nicht gesorgt hat, so können diese Unterhalt-, bezw. Erziehungskosten von dem zuständigen Waisenamte durch ihren gesetzlichen Vertreter, wenn sie darauf angewiesen sind, verlangen. Auf die Deckung der Kosten ist zuerst der Ertrag des Vermögens zu verwenden, nur wenn der nicht genügend wäre, kann man das Stammkapital in Anspruch nehmen. In diesem Falle muss man den Beschluss des Waisenamtes der Verwaltungskommission, deren Beschluss dem Minister des Innern wegen der Revision von Amtswegen unterbreiten. Gegen diesen Endbeschluss kann sich die unzufriedene Partei an das Gericht wenden. Wenn der Abwesende sich seit fünf Jahren fernhält und sein Aufenthalt unbekannt ist, so können seine Abkömmlinge die für die Begründung ihrer Zukunft notwendige materielle Hilfe beanspruchen, welche aber nicht grösser sein kann, als ihr gesetzlicher Erbteil. Die Behörden sind mit den vorher erwähnten identisch.

Das Vormundschaftsgericht bestellt den Pfleger auf Antrag der Verwandten des Abwesenden, bezw. des Gemeindevorstandes des Ortes, an dem der Abwesende seinen letzten Wohnort, bezw. Aufenthaltsort, bezw. sein unbewegliches oder bewegliches Vermögen gehabt hat.[104]) Auch in diesem Falle ist die Pflegschaft zuerst im Interesse des Pflegebefohlenen aufgestellt worden. Sie beschränkt sich auf die Vermögensangelegenheiten des Abwesenden, bezw. auf die Vermögensverwaltung,

[104]) Vorm. G. § 32.

aber sie berührt die Geschäftsfähigkeit des Pflegebefohlenen nicht (Vorm. G. § 33 letzter Absatz; § 87, Abs. II), eben deswegen findet die Kundmachung der Pflegschaft durch Zeitung, bezw. die Anordnungen der Sequestrierung und deren Eintragung in das Grundbuch hier nicht statt.[105])

Unser Entwurf (§ 471) stimmt im ganzen mit den eben erörterten Bestimmungen des Vormundschaftsgesetzes überein. Unser Entwurf hielt richtig nicht nur die Interessen des Abwesenden vor Augen, sondern auch das Interesse des öffenlichen Verkehrs, bezw. der durch die Abwesenheit interessierten Personen. Darum bestimmt er ausdrücklich, dass die Pflegschaft nicht nur im Interesse des Abwesenden anzuordnen sei, sondern auch auf Antrag jedes, der sein rechtliches Interesse rechtfertigt. Ferner berechtigt unser Entwurf den Pfleger nicht nur zur Aufbewahrung und Verwaltung des Vermögens des Abwesenden, sondern gibt ihm eine Vertretungsmacht in allen Vermögensangelegenheiten des Abwesenden, wie nach § 1911 des d. BGB., aber unser Entwurf drückt sich nicht präcis aus, wenn er bestimmt, dass das Vormundschaftsgericht einen Pfleger für die Verwaltung des ungepflegt gelassenen Vermögens des abwesenden Volljährigen, dessen Aufenthalt unbekannt ist und wenn es erforderlich ist, auch für die Fürsorge seiner sonstigen Interessen auf Antrag eines jeden, der sein rechtliches Interesse nachweist, aber auch von Amtswegen zu bestellen hat. Das ist zu viel «für die Fürsorge seiner sonstigen Interessen», weil «ein sonstiges Interesse» nicht nur ein Vermögensinteresse sein kann, obzwar der Entwurf richtig nur das bezweckt.[106]) M. E. wäre es richtiger so zu formulieren:

. . . «für die Leitung seiner Vermögensangelegenheiten, soweit sie der Fürsorge bedarf.» Unser Entwurf hat ganz richtig die Anordnung der Pflegschaft von einer einjährigen Abwesenheit nicht abhängig gemacht und braucht daher von diesem Erfordernis im Falle dringender Notwendigkeit nicht wieder eine Ausnahme zu machen (Vgl. Vorm. G. § 32, Abs. 2). Sachgemäss hat unser Entwurf die erschöpfende Aufzählung derjenigen Umstände beiseite gelassen, bei welchen ein Pfleger trotz der Erteilung eines Auftrags oder einer Vollmacht durch den Abwesenden zu

---

[105]) Vorm. Novelle § 5—7.
[106]) Motive Bd. I, S. 726.

bestellen ist. Die Aufzählung kann auch nicht erschöpfend sein. Die Vorschrift unseres Entwurfes ist übrigens mit § 1911 des BGB. übereinstimmend.

Die Abwesenheitspflegschaft endigt nach unserem Entwurf mit der Todeserklärung des Abwesenden (§ 475, § 441). In unserem bestehenden Rechte findet sich keine ausdrückliche Bestimmung über die Beendigung dieser Pflegschaft. Wir können dem Todeserklärungsurteil in dieser Hinsicht keine constitutive, sondern nur eine declarative Wirkung beilegen, das heisst: die Pflegschaft endigt in dem durch das Todeserklärungsurteil festgestellten Zeitpunkte.[107])

Nach § 1911 des BGB. erhält der abwesende Volljährige, dessen Aufenthalt unbekannt ist (sein letzter Wohnort, in Ermangelung eines solchen, sein letzter Aufenthaltsort im Inlande), oder der Volljährige, dessen Aufenthalt zwar bekannt ist, der aber an der Rückkehr und der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert, einen Pfleger, auch dann, wenn der Abwesende durch Erteilung eines Auftrags oder einer Vollmacht Fürsorge getroffen hat, aber solche Umstände eingetreten sind, welche zum Widerrufe des Auftrags oder der Vollmacht Anlass gaben. Das Gericht des letzten Wohnortes des Abwesenden bestellt den Pfleger von Amtswegen, eventuell auf Antrag der Interessierten. (Zuständigkeit zur Bestellung Vgl. FGG. § 36, 39). Der Umstand, dass der Abwesende seine Staatsbürgerschaft verloren hat, schliesst die Anwendung des § 1911 noch nicht aus. Der Pfleger wird in diesem Falle nicht durch das Gericht des letzten Wohnortes des Abwesenden bestellt, sondern durch das Gericht, in dessen Bezirk die Notwendigkeit der Fürsorge entsteht.[108]) Die Staatsangehörigkeit geht durch zehnjährige ununterbrochene Abwesenheit verloren.

Natürlich erhält der Volljährige nur dann einen Pfleger, wenn er weder unter Vormundschaft, noch unter Pflegschaft steht, weil in diesen Fällen die schon vorhandenen Vertreter seine Angelegenheiten besorgen.

Die Voraussetzungen der Abwesenheitspflegschaft sind 1. Abwesenheit, 2. Unbekanntheit seines Aufenthaltes, 3. Schutz-

---

[107]) LIX : 1881 § 90.

[108]) F. G. G. § 37; O. L. G. Karlsruhe in Rechtsp. d. O. L. G. Bd. IV, S. 117; Dernburg Bd. IV, S. 408.

bedürfnis der Vermögensverhältnisse des Abwesenden. Der Unbekanntheit des Aufenthaltes des Abwesenden steht es gleich, wenn der Aufenthalt zwar bekannt, der Abwesende jedoch an der Rückkehr und der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert ist. Unter Abwesenheit verstehen wir hier nicht das Fernsein von dem Ort, an dem gewisse Handlungen vorgenommen werden müssen, sondern die Abwesenheit vom gewöhnlichen Wohnorte, richtiger, wenn der Aufenthalt des Abwesenden unbekannt ist, — darauf liegt das Hauptgewicht — wenn er von derjenigen Gemeinde, wo er wohnt, auch nicht abwesend ist, denn der Grund liegt auch in diesem Falle vor. Wenn sein Aufenthalt unbekannt ist, können wir nicht wissen, ob er sich irgendwo verborgen hat. Die Kenntnis des Vormundschaftsgerichtes von dem Aufenthalt des Abwesenden ist ausschlaggebend, die Kenntnis dritter Personen kommt dann nicht in Betracht, wenn das Vormundschaftsgericht davon Kenntnis hat. Es hängt vom freien Ermessen des Vormundschaftsgerichtes ab, wann der Aufenthalt als unbekannt anzusehen ist, und wieviel Zeit ohne Nachricht von dem Dasein des Abwesenden verstrichen sein muss. Die concreten Verhältnisse sind in dieser Frage ausschlaggebend. Das Vormundschaftsgericht entscheidet darüber, ob die Vermögensangelegenheiten einer Fürsorge bedürfen, dies aber setzt nicht unbedingt voraus, dass der Abwesende ein Vermögen zurückgelassen habe. Es hängt vom freien Ermessen des Vormundschaftsgerichtes ab, welche Umstände zum Widerrufe des Auftrags oder der Vollmacht Anlass geben.[109])

Der Wirkungskreis des Pflegers muss sich nicht unbedingt auf die sämtlichen Vermögensangelegenheiten erstrecken, aber wenn er ausdrücklich nicht beschränkt ist, dann bezieht er sich auf die sämtlichen Vermögensangelegenheiten, also auch auf die Annahme, bezw. die Ausschlagung der Erbschaft. Aber der Wirkungskreis des Pflegers beschränkt sich nur auf die Vermögensangelegenheiten, die Sorge für die Person des Volljährigen steht ihm nicht zu. Er kann keine Klage auf die Aufhebung der Ehe des Abwesenden erheben, er kann die Ehelichkeit des während der Ehe geborenen Kindes nicht anfechten (Vgl. Staudinger-Engelmann Bd. IV, S. 695, Hachenburg S. 72), aber hinsichtlich

[109]) Vgl. § 671 Abs. 1; § 168, S. 2; § 712 Abs. 2; § 675.

der Vermögensangelegenheiten steht ihm die Vertretungsmacht, sowohl im Prozesse, wie ausserhalb des Prozesses zu. Wenn der Abwesende jemanden zu gewissen Angelegenheiten bevollmächtigt hat und er in anderen Angelegenheiten eines Pflegers bedarf, so bestellt das Vormundschaftsgericht ihm einen Pfleger für diese Angelegenheiten, welcher mit dem Bevollmächtigten des Abwesenden nicht identisch zu sein braucht. Das Verhältnis zwischen diesen beiden Pflegern ist dasselbe, wie wenn neben dem Vormund ein Pfleger bestellt wäre. Wird die Bestellung eines Pflegers notwendig, so muss sie von Amtswegen vorgenommen werden. Sie berührt nicht die Geschäftsfähigkeit des Abwesenden. Dritte Personen sind nicht berechtigt für den Abwesenden einen Pfleger zu verlangen, weil diese Institution im Interesse des Abwesenden eingeführt worden ist (Motive Bd. IV, S. 1262). Die Bestellung des Pflegers ist wirksam, sobald der Pfleger davon benachrichtigt wird.

Für die Bestellung eines Pflegers ist dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke der Abwesende wohnte (FGG. § 39). Wenn der Abwesende ein Deutscher ist und im Inlande weder einen Wohnort, noch einen Aufenthaltsort hat, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke der Abwesende seinen letzten Wohnort gehabt hat. In Ermangelung eines solchen, bestimmt, wenn der Betreffende einem Bundesstaate angehört, die Landesjustizverwaltung das zuständige Gericht, sonst aber der Reichskanzler (FGG. § 36, Abs. 2). Bei einem Ausländer, der im Inlande weder einen Wohnort, noch einen Aufenthaltsort hat, ist jenes Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Notwendigkeit der Fürsorge entstand.[110]) Auch über einen Ausländer kann eine Vormundschaft oder eine Pflegschaft nach den deutschen Gesetzen angeordnet werden, sofern der Staat, dem er angehört, die Fürsorge nicht übernimmt. Indes ist das nur dann zulässig, wenn der Ausländer nach den Gesetzen seines Heimatsstaates der Fürsorge bedarf oder im Inland entmündigt ist (E.-G. a. 23). Diese Bestimmung erfordert das Interesse des Verkehrs.

Der § 1911 des BGB. betrifft die auf die Vermögensbeschlagnahme und Güterpflege bezüglichen Regeln des deutschen Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung nicht.

---

[110]) FGG. § 37 Abs. 2. Vgl. noch FGG. §§ 88. 99; § 57 Abs. 1 E.G. aa. 32. 59.

Auf die Bestellung des Pflegers finden die Vorschriften des § 1899 und des § 1900, Abs. 2 und 3 entsprechende Anwendung (§ 1915 BGB.). Ebenso wie nach unserem Entwurf (457., 475. §§). Nach unserem Vormundschaftsgesetze[111]) steht die Vormundschaft dem Ehegatten, bezw. dem Vater, zuletzt den in §§ 35 und 39 bestimmten Personen zu.

Die Anordnung der Abwesenheitspflegschaft ist von besonderer Bedeutung, wenn die Voraussetzungen der Todeserklärung nicht, oder noch nicht vorhanden sind. Einen Vormund kann man in solchen Fällen nicht bestellen, weil der Rechtsgrund fehlt.

Bei minderjährigen Abwesenden finden die für die elterliche Gewalt und Vormundschaft geltenden allgemeinen Vorschriften Anwendung. Der Minderjährige erhält einen Pfleger nur ausnahmsweise. Er erhält nur einen Pfleger zur Verwaltung des Vermögens, das er von Todeswegen erwirbt oder das ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, dass dem Gewalthaber oder dem Vormunde die Verwaltung nicht zustehen soll. In derartigen Fällen hat der Gewalthaber oder der Vormund dem Vormundschaftsgerichte unverzüglich Anzeige zu machen. Die Pflegschaft ist auch dann anzuordnen, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vormundschaft vorliegen, ein Vormund aber noch nicht bestellt ist.[112]) Durch die Anordnung einer Pflegschaft wird die bürgerliche Selbständigkeit des Pflegebefohlenen beschränkt, weil die durch den Pfleger innerhalb seines Wirkungskreises vorgenommenen Handlungen unabhängig von dem Willen des Pflegebefohlenen ihm gegenüber geltend gemacht werden können. Die Frau kann in solchem Falle, wenn die baldige Aufhebung der Pflegschaft nicht zu erwarten ist, auf Aufhebung der Verwaltung und Nutzniessung klagen. Die Aufhebung der Verwaltung und Nutzniessung tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein.[113]) Hier hat das richterliche Ermessen einen weiten Spielraum, insbesondere in der Frage, ob die baldige Aufhebung der Pflegschaft zu erwarten ist. Das Gericht entscheidet über diese Frage je nach dem Grund, dem Zweck, bezw. nach

---

111) § 40 Abs. 1.
112) Vgl. BGB § 1909; ung. Vorm.-G. §§ 29, 30; ung. Entw. § 468.
113) Vgl. BGB. § 1418.

der Dauer der Abwesenheit. Wenn aus irgendwelchen Gründen keine Pflegschaft angeordnet worden ist — z. B. weil der Abwesende jemandem für die Fürsorge seiner Angelegenheiten eine Vollmacht erteilte — dann steht dieses Recht der Frau nicht zu, sondern sie kann eventuell auf Grund des § 1418 P. 2 auf Aufhebung und Nutzniessung klagen, nämlich wenn der Mann seine Verpflichtung, der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist.

Ich halte Schmidts Ansicht für unbegründet,[114]) dass man auf Aufhebung der Verwaltung und Nutzniessung nur zusammen klagen kann, eine ohne die andere aber nicht geltend machen kann. M. E. ist diese Regel im Interesse der Frau aufgestellt und cui plus et minus licet; dem entgegengesetzten Standpunkte der Motive kann man hier keine Bedeutung beilegen (Bd. IV. S. 296). Das Gesetz bietet jedenfalls für diese Ansicht keine Stütze.

Ebenso ist ein Pfleger zu bestellen, wenn es unbekannt oder ungewiss ist, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist, soweit eine Fürsorge erforderlich ist.[115]) Das kann im Falle des § 19 des BGB. praktisch sein.[116])

Das deutsche Recht, das ungarische Recht und der ungarische Entwurf berücksichtigen hauptsächlich die Interessen des Abwesenden im Gegensatze zu dem französischen Recht, welches hauptsächlich die Interessen der Zurückbleibenden vor Augen hält. Daraus ist zu erklären, dass in den zuerst genannten Rechten die Verfügungen von Amtswegen geschehen, wenn die Fürsorge erforderlich ist; das französische Recht überlässt den Antrag einer Pflegschaft auf Anordnung den Interessierten in erster Reihe und es ist eigentümlich, dass das französische Recht über die Ausländer keine Bestimmungen enthält.

Auf die Person des Pflegers finden die für die Vormundschaft über Volljährige geltenden Vorschriften entsprechende An-

---

[114]) S. 317.
[115]) § 1913.
[116]) Vgl. ung. Vorm.-G. § 30 P. c); ung. Entw. §§ 473, 474.

wendung.[117]) In erster Reihe sind die Eltern, bezw. die Ehefrau die Pfleger.

Das Amt des Vormundes endigt mit der Erlassung des, die Todeserklärung aussprechenden Urteils. Das Urteil ist also constitutiv (1885); ebenso steht die Sache bei der Gegenvormundschaft, der Vormundschaft über Volljährige, der Pflegschaft, ferner hinsichtlich des Amtes des Beistandes, des Familienrats (1878). Auf die Beendigung des Amtes des Gegenvormundes finden nämlich die Vorschriften der §§ 1885—1889, 1893, 1894 entsprechende Anwendung, ebenso finden auf die Pflegschaft die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt (§ 1895). Das ist auch begründet, weil der Zweck der Vormundschaft und der der Pflegschaft verwandt, ja fast identisch ist. Die Bestellung eines Gegenvormundes ist nicht erforderlich. Wenn der Abwesende für tot erklärt wird, so endigt die Pflegschaft mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils (1921). Ebenso endigt jedes öffentliche Amt mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils, obzwar das weniger actuell ist, und wenn seine Stelle noch nicht besetzt worden, so wird sie erst nachher besetzt werden. Denn hier wäre eine Zurückdatierung unmöglich: man kann niemanden für die Vergangenheit, sondern nur für die Zukunft ersetzen.

Daraus, dass die Vormundschaft erst mit dem rechtskräftigen Todeserklärungsurteil endigt; kann man nicht folgern, dass der Minderjährige bis dahin unbeschützt sei. Vielmehr hat nach § 1846 des BGB. das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Mündels erforderlichen Massregeln zu treffen, wenn der Vormund an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist, bezw. das Vormundschaftsgericht hat den Vormund zu entlassen, wenn die Fortführung des Amtes, insbesondere pflichtwidrigen Verhaltens des Vormundes das Interesse des Mündels gefährden würde (1886). Unrichtig ist Plancks Standpunkt, dass das Amt des Vormundes mit der Ausserkraftsetzung des Todeserklärungsurteils wieder auflebe, aber er ist zudem inconsequent, weil auch nach ihm, wenn der Vormund die Todeserklärung auch überlebte, das keinen Einfluss darauf hätte, dass sein Amt beendigt ist. Das ist zweifellos: wenn es erwiesen wird, dass

---

[117]) Vgl. § 1899, 1900. BGB.

der Vormund bereits früher gestorben sei, dann ist auch sein Amt von diesem Zeitpunkte an beendigt. Obzwar die Sache keine praktische Bedeutung hat. (Mit Plank auch Staudinger-Engelmann Bd. IV. S. 671.) Die Unzuträglichkeit, welche man mit dem zweiten Absatze des § 1885 vermeiden wollte, nämlich, dass das Amt des Vormundes mit seiner Rückkehr als nie beendigt angesehen würde, ist gleichmässig vorhanden auch in dem Falle, wenn die Todeserklärung des Vormundes durch einen Anfechtungsprocess ausser Kraft gesetzt wird. Bis zur Erlassung des Todeserklärungsurteils finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften auf die Handlungen des Vormundes entsprechende Anwendung, obgleich der Mündel bei der Ausführung der betreffenden Handlungen bereits gestorben war.[118])

Ebenso ist das die Todeserklärung des Mündels aussprechende Urteil in Betreff der Beendigung des Amtes des Vormundes constitutiv. Auch der Vormund ist hinsichtlich der Todeserklärung des Mündels antragsberechtigt, aber er bedarf zu dem Antrage der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 962 C. P. O.). Das Vormundschaftsgericht soll vor der Entscheidung die Verwandten oder die Verschwägerten des Mündels hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismässige Kosten geschehen kann. Es hängt vom freien Ermessen des Richters ab, welche und wieviel Verwandte, bezw. Verschwägerte er hören will, ebenfalls die Art der Anhörung. Das Vormundschaftsgericht setzt den Betrag der von den Verwandten und Verschwägerten verlangten Auslagen fest; gegen diese Entscheidung gibt es kein Rechtsmittel. Das Vormundschaftsgericht ist an die Ansicht der Verwandten oder der Verschwägerten nicht gebunden. Auch wenn es diese nicht anhört, ist seine Entscheidung giltig. (Vgl. Planck Bd. IV, S. 598). Das Beschwerderecht der Angehörigen gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes fällt unter die allgemeinen Regeln.[119])

Der § 1884 ist zugleich ein Beweis dafür, dass auch die Minderjährigen für tot erklärt werden können, nämlich in den Fällen der Kriegs-, der Seeverschollenheit und der sonstigen Lebensgefahr.

---

[118]) Vgl. §§ 1835, 674 BGB., ung Entw. §§ 421, 1675; ung. Vorm.-G. §§ 77—78.

[119]) FGG. § 20; § 57 P. 8, 9.

Mit der Todeserklärung des Mündels endigt die Vormundschaft selbst dann, wenn es sich später herausstellt, dass der Mündel noch lebt, bezw. in einem späteren Zeitpunkte gestorben ist, weil die Beendigung mangels einer abweichenden Bestimmung definitiv ist. Es würde auch nur zu Unzuträglichkeiten führen, wenn das Amt des Vormundes für den Fall, dass sich die Unrichtigkeit der Todeserklärung herausstellt, rückwirkend als nie beendigt angesehen werden sollte. Und ohne die Bestimmung des § 1884 läge dieser Fall vor, weil die Todeserklärung nur eine Vermutung begründet; wenn nun deren Unrichtigkeit sich ergibt, so fällt der Aufhebungsgrund weg und die Vormundschaft würde als ununterbrochen fortbestehend angesehen werden. Weil der für tot erklärte Minderjährige ohne gesetzlichen Vertreter ist, wird die gegen ihn laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem er unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört (206), oder nach unserem Entwurfe (§ 1337), in welchem er processfähig ward, bezw. einen gesetzlichen Vertreter bekam.

Auch im Falle der Beendigung der Abwesenheitspflegschaft durch das Todeserklärungsurteil ist die Beendigung definitiv (a. A. Plank Bd. IV. S. 667). Auch der Pfleger bedarf zu dem Antrage der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Pflegschaft endigt mit der Erlassung des Urteils, sie bedarf der besonderen Aufhebung des Vormundschaftsgerichtes nicht, weil der Zeitpunkt der Beendigung ganz zweifellos ist.

Was das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und den Kindern betrifft, wenn die Eltern, oder einer von beiden ein Ausländer ist, so finden die folgenden Regeln Anwendung. Das deutsche Gesetz ist massgebend, wenn der Vater, bezw. wenn er gestorben ist, die Mutter ein deutscher Staatsbürger war, sogar wenn die Staatsangehörigkeit dieser Personen, nicht aber die des Kindes verloren gegangen ist. Aehnlich ist das Rechtsverhältnis zwischen der Mutter und dem unehelichen Kinde gestaltet. Im Falle der Legitimation und der Annahme an Kindesstatt ist die Staatsangehörigkeit des natürlichen, bezw. des Adoptivvaters auf die anzuwendende Rechtsregel massgebend. Wenn aber diese Ausländer sind und das Kind ein deutscher Staatsbürger ist, so ist die Legitimation und die Annahme an Kindesstatt nur dann wirksam, wenn die nach dem deutschen Ge-

setze erforderliche Einwilligung des Kindes, bezw. der Person, mit welcher es im familienrechtlichen Verhältnisse steht, vorhanden ist.

Was den Uebergangszustand betrifft, d. h. den Fall, dass die Todeserklärung schon vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgt ist, so finden Anwendung die Vorschriften des BGB. in Betreff der Beendigung der elterlichen Gewalt, der Vormundschaft, der Gegenvormundschaft, Pflegschaft, Beistandschaft, Familienrat.[120])

Auch nach dem ungarischen Entwurfe endigt das Amt des Vormundes mit der Erlassung des die Todeserklärung des Vormundes, bezw. des Mündels aussprechenden Urteils. In beiden Fällen endigt es ipso iure. Es war demzufolge notwendig, das ausdrücklich zu bestimmen. Denn ohne den § 440, bezw. 441, würde im Falle der Aufhebung des Todeserklärungsurteils das Amt des Vormundes wieder aufleben, weil die Todeserklärung ja nur eine Vermutung begründet. Ueber diese Unzuträglichkeit äusserten wir uns bereits oben. Das Todeserklärungsurteil ist in beiden Fällen constitutiv. Das betrifft auch die Beendigung der Vormundschaft. Nur die Formulierung des § 440 ist nicht präcis. Ich halte es für zweckmässig, die Worte «mit der Todeserklärung des Mündels» durch «mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils» zu ersetzen.

Nach unserem bestehenden Rechte findet die Vermutung des § 90 G. 1881 LIX mangels einer Bestimmung Anwendung und auch auf die Beendigung der Vormundschaft wäre der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellte Zeitpunkt massgebend. Ebenso verhält es sich bei der Vormundschaft über Volljährige (Entwurf § 456) bei der Gegenvormundschaft (Entwurf § 385), und bei der Pflegschaft (Entwurf § 475). In unserem Vormundschaftsgesetze fehlt eine besondere Bestimmung auch über die Beendigung des Amtes des Pflegers und des Familienrates im Falle, bezw. zufolge der Todeserklärung.

Nach dem § 425 unseres Entwurfes übereinstimmend mit § 1846 des BGB., hat das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Mündels erforderlichen Massregeln zu treffen, wenn ein Vormund für ihn noch nicht bestellt ist oder der Vormund an

---

[120]) 1679, 1884, 1885, 1895, 1915, 1874, 1694, BGB.

der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist. Also auch nach unserem Entwurfe bleibt der Mündel nicht unbeschützt, wenn sein Vormund verschollen ist. Auch dieser § ist ein Beweis dafür, dass im Falle des § 16 P. 3, 4, 5, das dreissigste Lebensjahr nicht erforderlich ist. Ich halte den Standpunkt, welchen die Motive (Bd. I. S. 696) einnehmen, für unrichtig. Dort heisst es: weil nach dem § 19 die Todeserklärung nur die Vermutung begründet, dass der Verschollene gestorben sei, so lebt das Amt des Vormundes auf. Hiernach setzte der Vormund sein Amt fort, den Mündel musste man bis zum Tode, bezw. zur Rückkehr als gesetzlich Vertretenen ansehen, die gegen ihn laufende Verjährung würde laut dem § 1337 unseres Entwurfes nicht unterbrochen. Dieser Standpunkt ist unhaltbar, einerseits sehen wir, was für eine Folge er hat, andererseits hat er keinen gesetzlichen Grund. Der § 440 unseres Entwurfes bestimmt übereinstimmend mit dem § 1884 des BGB. unbedingt, dass die Vormundschaft definitiv endigt, auf Grund der Motive kann man keine Schranken setzen. Aber es ist unmöglich ihn zu einer Zeit als durch den Vormund Vertretenen anzusehen, in der er es in Wirklichkeit nicht war. Das wäre für ihn auch zum Nachteil bezüglich der Verjährung. Wie könnte man auch den Vormund wegen des verursachten Schadens verurteilen, wenn sein Amt beendigt ist und die Verjährung fortläuft? Er hätte also doch Vorsorge treffen müssen? Der Mündel erleidet aber auch keinen Nachteil in Anbetracht seiner Handlungen durch die Beendigung des Amtes des Vormundes, ebenso wie wenn er noch keinen Vormund hat, darum werden seine Handlungen nicht anders betrachtet. Obgleich das Vormundschaftsgericht bei Verschollenheit des Vormundes regelmässig einen anderen bestellt und den früheren entlässt, so bewirkt, wenn das auch nicht geschehen ist, das Todeserklärungsurteil allein, dass das Amt des Vormundes endige. Es bedarf keiner besonderen Entlassung durch das Vormundschaftsgericht. Unseren Standpunkt rechtfertigt auch der § 326, nach welchem, wenn der Vater für tot erklärt worden ist und die Unrichtigkeit der Todeserklärung sich herausstellt; er seine Rechte damit nicht ipso iure wieder erlangt. So auch der § 324 unseres Entwurfes, welcher die Beendigung der Nutzniessung des Vaters im Falle der Todeserklärung ohne jede Schranke ausspricht.

Als einen Uebergang von den persönlichen Rechtswirkungen

auf die vermögensrechtlichen erwähnen wir, dass das Urheberrecht von dem in dem Todeserklärungsurteil festgestellten Todestage an nach 30 Jahren endigt. Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung halte ich Kohlers Standpunkt für willkürlich, welcher den Zeitraum vom Schlusse des Jahres rechnen will, welches den festgesetzten Todestag enthält.

Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Todeserklärung.

Bei den vermögensrechtlichen Wirkungen ist das Grundprincip, dass die Todeserklärung dieselben Wirkungen hat wie der Tod.

Das ungarische Erbverfahren (§ 1) gestattet ausdrücklich das Einleiten des Erbverfahrens; es ist auch erforderlich dies ausdrücklich zu bestimmen, weil die Todeserklärung nur den Prozessrichter angeht, aber nicht die anderen Behörden. Im deutschen Rechte finden auf das Erbschaftsverfahren im Falle der Todeserklärung die Vorschriften der §§ 72, 75 der FGG. Anwendung.

Sowohl im deutschen Rechte, wie im ungarischen Rechte und Entwurfe ist die Regel, dass der Tod des Erblassers und das Amlebensein der Erben zur Zeit des Erbfalls die Voraussetzungen der Erbfolge sind. Die Berechtigten müssen beide Umstände nachweisen. Doch der Nachweis beider Umstände wird durch die Todes-, bezw. Lebensvermutung erleichtert. An die Todeserklärung knüpfen sich dieselben erbrechtlichen Rechtsfolgen an, wie an den Tod. Im Falle der Todeserklärung ist der im Urteile festgestellte Zeitpunkt des Todes für den Zeitpunkt der Erbfolge ausschlaggebend. Wenn die Unrichtigkeit der Todeserklärung nachgewiesen wird, so wird der Erwerb der Erbschaft ex tunc rückgängig. Wenngleich im Allgemeinen der im Todeserklärungsurteil festgestellte Zeitpunkt als Zeitpunkt des Erbfalls gilt, so gibt es doch mit Rücksicht auf dritte Personen von der Regel zwei Abweichungen. Im Falle der Todeserklärung werden die fünf Jahre von der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils gerechnet. Nach dem Ablauf dieser Frist stehen Nachlassgläubiger, welche ihre Forderungen dem Erben gegenüber geltendmachen wollen, den ausgeschlossenen Gläubigern gleich, es sei denn, dass die Forderung dem Erben vor dem Ablaufe der fünf Jahre bekannt geworden oder im

Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist.[121]) Diese Ausnahme ist billig, weil die von dem im Todeserklärungsurteil festgestellten Todestage gerechnete fünfjährige Frist zur Zeit der Erlassung des Todeserklärungsurteils bereits abgelaufen sein konnte und dann konnten die Gläubiger ihre Forderungen überhaupt nicht geltend machen. Es ist anderseits wahr, dass für die Vermögensangelegenheiten des abwesenden Volljährigen die Bestellung eines Abwesenheitspflegers beantragt werden kann. Ebenso beginnt nicht die einjährige Frist vor der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils im Falle des § 23, Abs. I, S. 2 der Grundbuchordnung. Nach diesem kann der Eigentümer das sein Eigentumsrecht beschränkende dem Berechtigten während seiner Lebensdauer zustehende und in das Grundbuch eingetragene Recht löschen lassen, ohne dass er der Bewilligung der Rechtsnachfolger bedürfte.

Das französische Recht, welches zwar die Institution der Todeserklärung nicht kennt, jedoch die Frage des Anspruches auf das Vermögen des Verschollenen regelt, kennt die (einstweilige) interimistische und die endgiltige Vermögensübertragung. Bei der ersten ist eine Caution erforderlich. Die vermutlichen Erben sind berechtigt die einstweilige Besitzüberweisung zu verlangen, bezw. ihre Zessionäre. Nicht das Verschollenheitserklärungsurteil enthält die Ueberweisung unbedingt, sondern eventuell ein besonderes Urteil. Trotz der Ueberweisung können die sich nachträglich anmeldenden Erbberechtigten ihre Ansprüche innerhalb der Verjährungsfrist geltend machen. Wenn der Verschollene ein Testament zurückliess, dann kann die Testamentserbfolge auf den Antrag des Staatsanwalts, bezw. derjenigen, deren Recht von dem Tode des Verschollenen abhängt, eröffnet werden, und die im Testament Erwähnten können mit Hinterlegung einer Caution die einstweilige Besitzüberweisung verlangen. Die Vermächtnissnehmer und die Beschenkten können nur mit der Erlaubnis der Erben des Verschollenen sich unmittelbar an das Gericht wenden, um ihre Rechtsansprüche geltend zu machen. Die Eingewiesenen werden nur als Vermögensverwalter angesehen und daraus folgen ihre Rechte und Pflichten. Von den beweglichen Sachen und den Rechtstiteln des Verschollenen wird ein Inventar aufgenommen, anderseits sind die

---

[121]) § 1974. Abs. 1.

Eingewiesenen verpflichtet, den bei der Uebernahme vorhandenen Zustand der unbeweglichen Sachen feststellen zu lassen. Sie dürfen weder irgend etwas verpfänden, noch übereignen. Veränderungen können sie insofern vornehmen, als diese zum Vorteile der Vermögensmasse gereichen. Eine Hypothek können sie nur durch rechtskräftiges Urteil oder aus gesetzlichen Gründen in gesetzlicher Form bestellen. In den aktiven wie in den passiven Prozessen müssen sie den Verschollenen vertreten. Die Ansprüche dritter gegen den Verschollenen, welche diese gegen die Ueberwiesenen geltend machen können, sind der Verjährung ausgesetzt. Im Falle der Gütergemeinschaft, wenn der Ehegatte sie fortsetzen will, unterbleibt die einstweilige Einweisung anderer Personen. Es ist ein Unterschied inbetreff der Rechte und der Pflichten, ob der Ehemann oder die Ehefrau verschollen ist. Der zurückgebliebene Ehemann kommt nur aus dem Gesichtspunkte des eigenen Sonderguts der Frau als einstweiliger Besitzer in Betracht, hingegen kommt die Frau sowohl in Anbetracht des Gemeinguts, wie des Sonderguts des Ehemannes als einstweilige Besitzerin in Betracht; in der Hinsicht bedürfen ihre Verfügungen der Genehmigung des Gerichtes bereits im voraus. Natürlich verbleiben die Rechte, welche ihr vor der Verschollenheit ihres Mannes an dem Gemeingut zustanden, weiter. Hinterlegung einer Caution ist in diesen Fällen nicht erforderlich, zugleich sind die Parteien vor der endgiltigen Ueberweisung auf die Fortsetzung der Gemeinschaft zu verzichten berechtigt. Die einstweilige Ueberweisung, ebenfalls die von dem Tode des Verschollenen abhängige einstweilige Rechtsausübung verliert ihre Wirkung, wenn der Verschollene innerhalb dreissig Jahren nach seinem Fortgehen gestorben ist und das glaubwürdig bewiesen worden ist, oder wenn er zurückkehrt oder von seinem Leben eine Nachricht eingeht. In den letzteren Fällen haben die einstweilig Eingewiesenen dem Verschollenen, bezw. dessen Vertreter die übernommenen Rechte mit Rechnungslegung zu übergeben, bezw. mit der Ausübung des Rechts aufzuhören. Aber sie sind andererseits berechtigt, alle erwachsenen Kosten, welche zufolge des Todeserklärungsverfahrens, der Besitzüberweisung, der Vermögensverwaltung erwachsen sind, zurückzufordern und den gezogenen Nutzen und die Erträge ganz oder teilweise, je nach der kleineren oder grösseren Dauer der Verwaltung zu behalten. Nach dem Ablaufe von dreissig

Jahren, von der einstweiligen Ueberweisung gerechnet, bezw. wenn der Verschollene das hundertste Lebensjahr vollendete, greift die endgiltige Vermögensübertragung Platz, vorher wird aber eine neue Zeugenvernehmung über die Dauer der Verschollenheit vorgenommen. Dann haben die Eingewiesenen ganz freie Hand. Wenn der Verschollene zurückkehrt, oder eine Nachricht von ihm anlangt, oder innerhalb von der endgiltigen Ueberweisung gerechneter dreissig Jahre seine Abkömmlinge sich melden, dann können diese das Vermögen in dem Zustand verlangen, in dem es sich im Zeitpunkt der Meldung befindet. Die Lasten des Vermögens bleiben fort; die veräusserten Teile können sie nicht zurückfordern.[122]) Die einstweilige Vermögensübertragung ist sowohl im deutschen, wie im ungarischen Rechte und Entwurfe unbekannt. Nach diesen ist die Todeserklärung in Anbetracht der erbrechtlichen Verhältnisse mit dem Tode identisch. Das Vermögen steht im Ganzen denen zu, welche in dem durch das Todeserklärungsurteil festgesetzten Zeitpunkte, resp. nach dem Ablaufe dieses Tages Erben gewesen wären, bezw. deren Rechtsnachfolgern. Natürlich kommen auch in diesem Falle zuerst die Testaments- und Vertragserben in Betracht, nur bei deren Fehlen, oder wenn diese die Erbschaft ausschlagen, die Intestaterben. Der Standpunkt des französischen Rechtes steht im Einklang damit, dass die französische Verschollenheitserklärung nur die Anerkennung der Ungewissheit ist, ob der Verschollene am Leben sei. Mit der einstweiligen Ueberweisung bleibt es nur auf einem neutralen Standpunkte, insofern als in seiner Fürsorge sowohl das Amlebensein, wie der Tod des Verschollenen, also beide Möglichkeiten in Betracht kommen. Der Standpunkt des deutschen und ungarischen Rechtes ist, dem Schwebezustand möglichst vorzubeugen und nach Ablauf der bestimmten Frist die Rechtsverhältnisse, insbesondere die vermögensrechtlichen Verhältnisse endgiltig zu ordnen, sie streben gleichmässig danach, jeden unnützen Verzögerungen vorzubeugen.

Wir hatten erwähnt, dass die Todeserklärung nur eine Vermutung begründet, welche den Gegenbeweis zulässt. Der Gegenbeweis kann nach zwei Richtungen geschehen: entweder be-

[122]) Code civil aa 116, 117, 120—134, 140, 2126, Code procédure civil §§ 517, 859, 860, Demolombe S. 76 und 186 fg., Zachariä Bd. I, S. 246. 266. Dressel S. 45—49.

trifft er nur den Zeitpunkt der Todeserklärung, oder er beweist selbst das Amlebensein des Verschollenen. Die Berichtigung des Zeitpunktes betrifft die familienrechtlichen Verhältnisse nicht, aber desto mehr die vermögensrechtlichen Beziehungen, so insbesondere auf dem Gebiete des Erbrechts. Hingegen, wenn es bewiesen wird, dass der für tot Erklärte noch am Leben sei, so hat dieser Umstand nicht nur eine vermögensrechtliche, sondern auch eine familienrechtliche Wirkung.

Die Frau kann auf Aufhebung der Verwaltung und Nutzniessung klagen, wenn der Mann wegen seiner Abwesenheit einen Pfleger erhalten hat (§ 1418, P. 5), weil dann der Mann das Vermögen der Frau ordnungsmässig nicht verwalten kann (§ 1374). Der Frau kann man den gesetzlichen Vertreter ihres Mannes nicht octroyieren. Es kann im Interesse der Frau liegen, dass die mit der Beendigung der gesetzlichen Gütergemeinschaft verbundene Gütertrennung vermieden wird. Darum ist es richtig, dass die Rechtsfolgen nicht schon ipso iure eintreten, sondern dass sie von der Klage der Frau abhängen.

Das System des ungarischen ehelichen Güterrechts ist das System des freien Vermögens der Frau. Das ist seine Hauptinstitution. Darum hat auch unser Entwurf nichts geändert, weil das unserem Rechtsgefühl entspricht. Die vermögensrechtliche Freiheit der Ehefrau war stets ein Grundprinzip in unserem Rechte,[123]) im Gegensatz zum System des deutschen Rechtes, welches das System der Verwaltungsgemeinschaft, oder wie Grosschmid zutreffend bemerkt hat, das System der Verwaltung des Ehemannes an dem Vermögen der Ehefrau zugrunde gelegt hat. Dies System wurzelt in deutschem Rechtsgefühl.[124]) Aber auch das deutsche BGB. kennt ein solches Vermögen, auf welches die Nutzniessung und die Verwaltung des Mannes sich nicht erstreckt, das ist das Vorbehaltsgut (§ 1365 BGB.).

Für das System des ehelichen Güterrechts ist stets die Hauptinstitution ausschlaggebend. Darum kann man das römische System als Dotalsystem bezeichnen, welches eigentlich das einzige Dotalsystem ist.[125]) Zieht man ferner die Rechtsconstruction

---

[123]) Vgl. Tripartitum Paris I 104, 110 P. II 43. Gesetz 1881 XVII, § 28.
[124]) Vgl. Grosschmid: Motive zum ung. Entwurf Bd. I. S. 194.
[125]) Vgl. Motive Bd. I. S. 196.

in Betracht, so ist das System des österreichischen ehelichen Güterrechts auch ein Dotalsystem. «Ne indotata mulier sit» drang das römische Recht durch, eine geraume Weile war sie die einzige Institution des römischen ehelichen Güterrechts, und übernahm zum Teil auch die Funktion des Erbrechts, weil das verheiratete Mädchen in dieser Zeit gegenüber seinem Vater kein gesetzliches Erbrecht gehabt hat. In unserem Rechte, übereinstimmend mit unserem Entwurfe (§ 108) gilt folgendes: wenn die Frau die Verwaltung ihres Vermögens ihrem Manne auch überlassen hat, so kann sie es doch jeder Zeit zurücknehmen,[126]) das heisst sie kann das Vermögen durch Klageanstellung zurückfordern, wenn ihr Mann es nicht herausgeben will. Unser Entwurf erklärt einen entgegengesetzten Vorbehalt für nichtig,[127]) ohne besonderen Antrag endigt die Verwaltung nur mit der Aufhebung der Ehe. Im Falle der Todeserklärung endigt sie in dem im Todeserklärungsurteil festgestellten Zeitpunkte, obzwar das ausdrücklich nicht bestimmt ist und anderseits die Todeserklärung die Ehe noch nicht aufhebt. Aber die Todeserklärung ist in Anbetracht der vermögensrechtlichen Verhältnisse mit dem Tode identisch. Irrig ist der Standpunkt derer, nach welchen in unserem ehelichen Güterrechte das gemischte System vorliege,[128]) weil die Erwerbungsgemeinschaft nach unserem Rechte sich nicht auf die gesamte Bevölkerung erstreckt. Nach unserem Entwurfe erstreckt sie sich auf die ganze Bevölkerung, aber die Gemeinschaft besteht unbeschadet des freien Verfügungsrechtes der Frau über ihr Stammvermögen und des Verfügungsrechtes jedes Gatten über deren eigenen Erwerb während der Ehe.[129])

Nach dem § 1468 P. 3 kann die Frau auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen, wenn der Mann seine Verpflichtung, der Frau Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist. Das ist zweifellos: wenn der Mann verschollen ist, so liegen diese Voraussetzungen vor.

Auch die Verwaltung und Nutzniessung des Mannes endigt, wenn der Mann für tot erklärt wird, mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt (§ 1420). Die Ehe der Frau endigt

Vgl. 3171/1888 C.; Reiner S. 903, Raffay S. 372.

noch § 107; Grosschmid Motive Bd. I. S. 200—202.

Raffay S. 269 und die durch ihn citierten Schriftsteller.

Motive Bd. I. S. 197.

noch nicht mit der Todeserklärung des Mannes, nur wenn sie eine neue Ehe eingeht, aber das Interesse der freien Bewegbarkeit der Frau und das Schutzinteresse dritter gutgläubiger Personen erfordert den klaren Ausdruck des in diesem (1420) Paragraph enthaltenen Prinzipes. Die Beendigung der Verwaltung und Nutzniessung erfolgt ipso iure, ohne dass die Frau darauf eine Klage zu erheben hätte. Das ist auch richtig, weil das nur die Lage complicieren würde. Nach dem ersten Entwurfe wäre die Beendigung erst im Zeitpunkte der Erlassung des Urteils erfolgt, das steht im Einklang damit, dass der I. Entwurf in Betreff des Zeitpunktes des Todes noch auf dem Standpunkt der Constitutivität stand. Mit der Beendigung der Verwaltung und Nutzniessung des Mannes tritt Gütertrennung ein, wenn auch der Mann zurückkehrt, endigt sie von selbst nicht. Die Beendigung der Verwaltung und Nutzniessung des Mannes ist begründet, weil diese Rechte mit den Pflichten des Mannes correlat sind, wenn und bis der Mann seine Pflichten nicht erfüllt, stehen diese Rechte ihm auch nicht zu. Er kann aber auf Wiederherstellung dieser Rechte klagen.

Wenn die Frau für tot erklärt wird, so ist die im § 18, Absatz 1 enthaltene Vermutung für die Vermögensverhältnisse der Ehegatten ausschlaggebend, das heisst, hier greift die Todesvermutung Platz, wie bei den anderen Vermögensverhältnissen der Frau und endigt nicht das Recht des Ehegatten als solches, wie im Falle des § 1420. Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Manne und den Erben der Frau finden die Regeln Anwendung, welche im Falle des Todes der Frau gelten würden. Wenn die Frau zurückkehrt, so steht das Rückforderungsrecht nach § 2370 ihr zu, aber die Verwaltung und Nutzniessung steht an dem eingebrachten Gute dem Manne wieder zu, bezw. die Verwaltung und Nutzniessung des Mannes wird rückgängig so angesehen, wie wenn sie nie geendigt, sondern fortwährend bestanden hätte. Das Rechtsverhältnis muss diesem Sachverhalt entsprechend wieder hergestellt werden. Also der Mann kann auch die Früchte verlangen, welche von dem vermuteten Todestag an herangewachsen sind, vorausgesetzt, dass auch die Frau sie beanspruchen könnte, wenn die Verwaltung und Nutzniessung dem Manne nicht zustände. Wenn nachgewiesen wird, dass die Frau vor dem in dem Todeserklärungsurteil festgestellten Zeitpunkte gestorben ist, so hat der Mann

die Früchte nach den Vorschriften herauszugeben, welche sich auf die Herausgabe der Erbschaftsfrüchte beziehen. Ebenfalls wenn die Todeserklärung des Mannes angefochten wird und als Todestag ein früherer Zeitpunkt festgestellt wird, dann müssen die Erben des Mannes die inzwischen gezogenen Früchte herausgeben. Das Gleiche gilt, wenn ein früherer Zeitpunkt ohne Anfechtungsklage nachgewiesen wird (Planck Bd. IV, S. 17, 18). Hingegen, wenn ein späterer Zeitpunkt festgestellt wird, so hat der Mann das Recht, die in der zwischen dem vermuteten und dem wirklichen Zeitpunkte abgelaufenen Zeit gezogenen Früchte mit der oben erwähnten Schranke herauszufordern, vorausgesetzt, dass seine Ehe nicht durch Wiederverheiratung aufgelöst worden ist.

Auch die Errungenschaftsgemeinschaft endigt, wenn ein Ehegatte für tot erklärt wird, mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt (§ 1544). Von diesem Zeitpunkte an kommen die Erträge des Frauengutes auch bis zum Zeitpunkte der Gütertrennung der Frau zugute. Abweichend vom § 1420 macht es hier keinen Unterschied, ob der Mann oder die Frau für tot erklärt ist. Für die Zukunft tritt Gütertrennung ein. Der erste Entwurf machte noch einen Unterschied (§ 1429, Abs. II). Die Anwendung war berechtigt, denn es besteht kein Grund, warum der Mann eine ungünstigere Lage haben soll, als die Frau. Der Grund der Beendigung liegt gleichmässig im Falle der Todeserklärung beider Ehegatten vor. Die Errungenschaftsgemeinschaft beruht auf einer persönlichen Verbindung zwischen den Ehegatten, wenn diese Verbindung mit der Todeserklärung endigt, so muss auch die Errungenschaftsgemeinschaft folgerichtig endigen.

Auch die fortgesetzte Gütergemeinschaft endigt zwischen dem überlebenden Ehegatten und seinen Abkömmlingen. Mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt, wenn der überlebende Ehegatte für tot erklärt wird (1494). Auch hier tritt die Beendigung ipso jure ein, es bedarf keiner besonderen Klage auf die Aufhebung. Der Grund der Aufhebung ist, dass die familienrechtliche Stellung endigt, welche der überlebende Ehegatte seinen Abkömmlingen gegenüber einnimmt, sonst kann der überlebende Ehegatte die fortgesetzte Gütergemeinschaft in jeder Zeit aufheben, eben weil dieses Recht eine Folgerung der familienrechtlichen Stellung ist. Unser Recht und Entwurf kennt

diese Institution nicht. Das Wesen der fortgesetzten Gütergemeinschaft liegt darin, dass, wenn bei dem Tode eines Ehegatten gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind, zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen die im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sind, die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird. Aber wenn neben den gemeinschaftlichen Abkömmlingen andere Abkömmlinge vorhanden sind, so bestimmen sich ihr Erbrecht und ihre Erbteile so, wie wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre. Es taucht für den Fall der Rückkehr des für tot Erklärten die Frage auf, ob er die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes verlangen kann. M. E. nein, weil das im Gesetze nicht ausgedrückt ist und dort, wo man die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes verlangen kann, ist dies expressis verbis ausgedrückt.[130]) Andere Ansicht hat Planck (Bd. IV, S. 263), nach ihm wird bei Aufhebung des Todeserklärungsurteils die Gütergemeinschaft so angesehen, wie wenn sie nie beendigt wäre. Demnach wäre es möglich auch die inzwischen gezogenen Erträge herauszufordern, ebenso, wenn nur der Zeitpunkt unrichtig ist.

Wenn nur ein anteilsberechtigter Abkömmling für tot erklärt wird, so findet der § 1490 per analogiam Anwendung, nämlich sein Anteil an dem Gesammtgute gehört nicht zu seinem Nachlasse. Wenn er solche Abkömmlinge hinterlässt, die anteilsberechtigt sein würden, wenn er den verstorbenen Ehegatten nicht überlebt hätte, so treten die Abkömmlinge an seine Stelle. Hinterlässt er solche Abkömmlinge nicht, so wächst sein Anteil den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen und, wenn solche nicht vorhanden sind, dem überlebenden Ehegatten zu.

Die Bestimmung des § 1544 fehlt in unserem Entwurfe, aber m. E. wäre es zweckmässig, bezüglich der Errungenschaftsgemeinschaft eine entsprechende Bestimmung aufzunehmen, weil die Todeserklärung allein die Ehe nicht aufhebt und es leicht zum Streit Veranlassung geben kann.

Eine wichtige Neuerung enthält der § 166 unseres Entwurfes, der bestimmt, es stehe dem überlebenden Ehegatten die Vergünstigung zu, dass er den Miterwerbsanteil seines Ehegatten erst nach seinem eigenen Tode und nicht in Natur, son-

---

[130]) Vgl. § 1425. 1547.

dem im Gelde herauszugeben hat, doch nur so, dass der zur Begünstigung berechtigte Ehegatte auf jeden Anspruch auf den Miterwerbsanteil dem anderen Ehegatten gegenüber verzichtet. Ich möchte diese Schranke fallen lassen, welche in den meisten Fällen materiell so nicht zur Geltung kommt. Es widerspricht der Wahrheit des Lebens, dass mit dem Tode der Frau deren Erben von dem Ehemanne die Hälfte des durch ihn erworbenen Vermögens wegnehmen sollen und dadurch seine ökonomische Tätigkeit lähmen sollen.[131]) Der Standpunkt unseres Rechtes beruht auf dem Gesetze VIII : 1840 nicht. (Vgl. Grosschmid. Motive h. t. Frank S. 525).

Wie wir bereits angedeutet haben, kann der Ehegatte auf Wiederherstellung der Gemeinschaft klagen, wenn die Unrichtigkeit der Todeserklärung sich herausstellt. Die Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein. Im Falle der Wiederherstellung wird Vorbehaltsgut der Frau, was ohne die Beendigung der Gemeinschaft Vorbehaltsgut geblieben oder geworden sein würde (§ 1548). Das von der Errungenschaftsgemeinschaft Gesagte ist wirksam gleichgiltig, ob der Mann oder die Frau für tot erklärt wird. Wenn Kohler behauptet (S. 248), dass der Ehegatte die inzwischen gezogenen Früchte nicht fordern könnte, weil im Falle der Wiederherstellung Vorbehaltsgut der Frau nur das wird, was ohne die Beendigung der Gemeinschaft Vorbehaltsgut geblieben oder geworden sein würde (§ 1548, Abs. 3), so ist das eine Ansicht, die im Gesetz keine Stütze findet.

Obzwar die Ehe mit der Todeserklärung noch nicht endigt, kann man doch auf den Treulohn klagen, und sowohl auf den gesetzlichen wie auf den vertragsmässigen. Unser Tripartitum gibt in dieser Beziehung keine Richtung. Die neuere Rechtssprechung gestattet die Fälligkeit des Treulohnes ausser dem Falle des Todes und der Todeserklärung überhaupt, wenn die Ehe endigt.[132]) Dieser Standpunkt ist richtig, weil der Grund der Institution in allen Fällen der Beendigung der Ehe vorliegt, wenn auch die Ehe nicht durch den Tod aufgehoben worden ist. Die Definition des Treulohnes enthält das Tripartitum P. I. Tit. 93 pr. Et est, quae uxori propter eius deflorationem et concubitum

---

[131]) Vgl. Motive Bd. I, S. 239.

[132]) Entsch. neue F. Bd. XXII. N. 38. Raffay S. 287.

de bonis mariti datur. Den gesetzlichen Treulohn liess unser Entwurf fallen. Seine Höhe beträgt nach § 85 G.-A. XXII: 1840, bei den Hochadeligen 400 Gulden, bei den Adeligen und Bürgern 200 Gulden, bei den nicht Adeligen 40 Gulden. Wenn die Frau eine neue Ehe eingeht, so bekommt sie nur die Hälfte des Treulohnes, welcher ihr in der früheren Ehe gebührte.[133]) Der Grund des vertragsmässigen Treulohns ist derselbe, wie der des gesetzlichen, infolge dessen sind seine Regeln auch dieselben. Nach der Formulierung unseres Entwurfes ist der Treulohn die materielle Belohnung der Frau, welche der Ehemann oder für ihn ein Anderer auf die Zeit der Aufhebung der Ehe der Frau zu zahlen verpflichtet ist. Streng genommen könnte man nur dann auf den Treulohn klagen. Um eventuelle Verwirrungen zu vermeiden, möchte ich ausdrücklich bestimmen, — weil die Todeserklärung die Ehe noch nicht aufhebt — dass ausser der Aufhebung, bezw. Auflösung der Ehe auf den Treulohn auch im Falle der Todeserklärung des Ehemannes geklagt werden kann. Die gleichen Regeln gelten für die contrados, auf den Treulohn, welcher dem Manne gebührt (174 § ung. Entw.). Der vertragsmässige Treulohn ist eine Sicherheit für das gehörige Benehmen der Ehefrau, welcher ihr nicht nur im Falle des Ueberlebens, sondern auch der Scheidung zusteht. Wenn sie früher stirbt als ihr Mann, dann steht der Treulohn ihren Erben zu.

Auf die Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft (Fahrnisgemeinschaft) finden die für die allgemeine Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1550 bis 1557 ein Anderes ergibt. Also die Liegenschaft gehört nur dann zur Fahrnisgemeinschaft, wenn sie zur Errungenschaft gehört. Auf diese finden die erörterten Regeln der Todeserklärung keine Anwendung. Unser Recht und Entwurf kennt die Institution der Fahrnisgemeinschaft nicht.

Der Mann kann aber nicht auf die Wiederherstellung der Verwaltung und Nutzniessung klagen, wenn seine Frau inzwischen eine neue Ehe eingegangen ist; dasselbe gilt bei der Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft von dem Klagrechte des Ehemannes. Natürlich wird die Klage nur dann erhoben, wenn der Ehegatte die Wiederherstellung nicht freiwillig gestattet.

---

[133]) Hk. Pars I. Tit. 96 pr.

Der Ehegatte ist zur Herausgabe des eingebrachten Gutes so verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe mit der Erhebung der Klage auf Wiederherstellung der Verwaltung und Nutzniessung rechtshängig geworden wäre (1425 Absatz 1; 1422). Aber dieses Prinzip bezieht sich nur auf die Verhältnisse der Ehegatten unter einander, nicht dritten Personen gegenüber. Es wirkt sowohl auf den Umfang des Gutes als auch auf die Verfügungen der Frau, es wirkt insbesondere in der Frage, für welche Verbindlichkeiten das eingebrachte Gut und für welche das Vorbehaltsgut der Frau haftet.[134]) Dritten Personen gegenüber ist die Wiederherstellung der Nutzniessung und Verwaltung nur dann wirksam, wenn sie in dem Güterrechtsregister des zuständigen Amtgerichts eingetragen oder dem Dritten bekannt war (1431, Abs. 2). Natürlich ist aber die Eintragung nur dann notwendig, wenn auch die Aufhebung in dem Güterrechtsregister eingetragen war.

Wir sahen: das Amlebensein des für tot Erklärten hat ebenso wie die Wiederaufhebung der Pflegschaft für sich allein noch nicht zur Folge, dass das Recht des Ehemannes ohne weiteres wieder auflebt. Aber die Billigkeit erheischt, dass der Mann auf die Wiederherstellung seiner früheren Rechte klagen könne, wenn der Grund zur Aufhebung der Verwaltung und Nutzniessung wegfällt. Der Mann kann aber nicht klagen, wenn seine Ehe durch Wiederverheiratung seiner Frau endigt, bezw. aufgelöst ist, aber er kann auch in diesem Falle klagen, wenn die neue Ehe auf Grund des § 1350 angefochten und infolge dessen für nichtig erklärt worden ist. Das Klagerecht des Mannes ist an eine Frist nicht gebunden; da es nur im Interesse des Mannes gegeben ist, kann er auch darauf verzichten, die Frau kann aber dazu auch keine Frist bestimmen, innerhalb welcher es ausgeübt werden müsste. Der Klage gegenüber kann die Frau die Gütertrennung verlangen, bezw. eine Einwendung erheben, wenn dazu ein gesetzlicher Grund vorliegt. Dabei ist es gleichgiltig, ob der Grund bereits in dem durch die Todeserklärung als Todeszeit festgestellten Zeitpunkte oder erst im Zeitpunkte der Beendigung der Verwaltung und Nutzniessung gegeben war. Es genügt sogar, wenn er später entstanden ist. Das der Klage stattgebende Urteil ist constitutiv.

---

[134]) Vgl. § 1415—1417.

Im Falle der Wiederherstellung der Verwaltung und Nutzniessung wird Vorbehaltsgut, was ohne die Aufhebung der Rechte des Mannes Vorbehaltsgut geblieben oder geworden sein würde (§ 1425, Abs. 3). Und zwar tritt diese Gestaltung ein kraft Gesetzes, die Frau hat nicht nur einen obligatorischen Anspruch auf Ueberlassung dieses Vermögensteiles zu Vorbehaltsgut. Doch hat die Frau zu beweisen, was zum Vorbehaltsgut gehört; auf die Verbindlichkeiten der Frau im Verhältnisse der Ehegatten zu einander findet der § 1417 Anwendung. Aus der oben erwähnten Regel folgt a contrario, dass die Frau alles andere, was ohne die Aufhebung der Rechte des Mannes Vorbehaltsgut nicht geblieben oder nicht geworden sein würde, herauszugeben hat. Die inzwischen gezogenen Früchte hätte die Frau herauszugeben, weil zum eingebrachten Gute auch das Vermögen gehört, das die Frau während der Ehe erwirbt.[135]) Aber sie werden ordnungsmässig als zur Tragung des ehelichen Aufwandes verwendete angesehen, weil die Nutzungen des eingebrachten Gutes zur Tragung des ehelichen Aufwandes in erster Reihe zu verwenden sind.[136]) Die Frau kann die Ersatzleistung der Lasten von ihrem Manne verlangen, welche der Mann nach dem ehelichen Güterrechte zu tragen gehabt hätte und welche in derjenigen Zeit vorgekommen sind, aus welcher die gezogenen Früchte der Mann verlangt.

Unrichtig ist Plancks Ansicht,[137]) dass die von der Frau über das eingebrachte Gut getroffenen Verfügungen wirkungslos sind, wenn die Todeserklärung ausser Kraft gesetzt wird, weil sie ohne Einwilligung des Mannes vorgenommen worden sind. Da kann der § 1404 des BGB. nicht angewandt werden. Die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395 bis 1403 unterliegt, muss ein Dritter auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewusst hat, dass die Frau eine Ehefrau ist. Nachdem der Tod des Mannes vermutet wird, kann man von seiner Einwilligung nicht mehr sprechen und anderseits existiert das eingebrachte Gut für ihn nicht mehr (Vgl. § 1420), weil die Verwaltung und Nutzniessung mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt, geendigt und Gütertrennung eingetreten ist (§ 1426, Abs. 1), ausserdem wirken die Bestimmun-

[135]) § 1363, Abs. II.
[136]) a. A. Kohler S. 298.
[137]) Bd. IV, S. 178.

gen des § 2370 auch auf den, der mit der Ehefrau einen Vertrag geschlossen hat, desto mehr, weil sie über ihr Eigenes verfügt hat, während das bei den Erben nicht der Fall ist. Argumentum a maiori ad minus. Unrichtig ist auch Plancks Einwand, dass der § 2370 nicht anwendbar sei, weil die Frau bezüglich des eingebrachten Gutes nicht als Erbe ihres Mannes angesehen werden könne. Das ist eine buchstäbliche Auslegung. Schmidt nimmt keinen festen Standpunkt in unserer Frage ein; aber er erwartet, dass die Praxis den § 2370 auch auf unseren Fall mittelbar ausdehnen wird; auch die Motive erhoffen die Ausdehnung des § 2370 auf unseren Fall [138]) in Praxis und Wissenschaft (Bd. IV, S. 293). Das erkenne ich an; ist eine Todeserklärung nicht ergangen, sondern jemand fälschlich für verstorben gehalten worden, dann ist diesem gegenüber der gutgläubige Dritte nicht geschützt. Aber auf ihn bezieht sich auch der erste Absatz des § 2370 nicht. Gleichfalls haftet das eingebrachte Gut für die inzwischen entstandenen Verbindlichkeiten der Frau und unterliegt der Beschränkung des § 1412 nicht, die Verfügungen der Frau sind auch dem Manne gegenüber wirksam.

Auch bei Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft ist die Wiederherstellung Dritten gegenüber nur dann wirksam, wenn sie in das Güterrechtsregister eingetragen worden ist, vorausgesetzt, dass auch die Beendigung in das Güterrechtsregister eingetragen war; bezw. wenn die Wiederherstellung dem Dritten bekannt war. Zur Eintragung der Beendigung ist es genügend, wenn mit dem Antrage der Frau das mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehene Todeserklärungsurteil vorgelegt wird, weil dieses Urteil die Beendigung begründet.[139]) Die Auseinandersetzung erfolgt, soweit nicht eine andere Vereinbarung getroffen wird, nach den für die allgemeine Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften des §§ 1475 bis 1477, 1479 bis 1481.[140]) Darüber nur soviel, dass aus der Errungenschaftsgemeinschaft zunächst die Errungenschaftsverbindlichkeiten zu berichtigen sind und der nachher verbleibende Ueberfluss den Ehegatten zu gleichen Teilen gebührt. Was einer der Ehegatten zu der

---

[138]) I. Entwurf § 2390.
[139]) Vgl. § 1561. Abs. 3 P. 1.
[140]) Vgl. 1546. Abs. II.

Errungenschaft zu ersetzen verpflichtet ist, muss er sich auf seinen Teil anrechnen lassen.

Auch der Niessbrauch erlischt im Falle der Todeserklärung in dem Zeitpunkte, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile als Zeitpunkt des Todes festgestellt ist.[141])

Sehr wichtig ist ferner die erbrechtliche Wirkung der Todeserklärung. Besonders zwei Fragen sind von Bedeutung. 1. Welche Personen sollen erbberechtigt sein? Welche Gegenstände gehören zum Nachlass? Die Erbberechtigten sind entweder Vertragserben oder Testamentserben, oder gesetzliche Erben. Bei den gesetzlichen Erben ist die gesetzliche Erbfolgeordnung ausschlaggebend. Diese Frage steht in enger Verbindung damit, welcher Zeitpunkt für die Erbfolge entscheidend sein soll, ob das Urteil in dieser Beziehung einen constitutiven oder einen declarativen Charakter hat. Im gemeinen Rechte herrschte noch Streit über den Zeitpunkt, bevor die Lebensvermutung bis zum vermuteten Todestage allgemein anerkannt worden ist. Teilweise hat man den Zeitpunkt der Bestellung eines Pflegers bei der Bestimmung der Nähe des Verwandtschaftsgrades für massgebend angenommen, teilweise den Zeitpunkt, von dem ab keine Nachricht von dem Verschollenen eingegangen ist.

Weder im deutschen, noch im ungarischen Rechte hat der Erbe eine Sicherheitsleistungspflicht. Das Nachlassgericht hat für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, soweit ein Bedürfnis besteht. Es finden die §§ 1960—1966 des BGB., bezw. die §§ 1992—1999 unseres Entwurfes Anwendung. Es treten auch die auf die Haftung der Erben bezüglichen Bestimmungen ein. Die Nachlassgläubiger können im Wege des Aufgebotsverfahrens zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert werden (§ 1970 flg.,) oder es kann der Nachlasskonkurs eröffnet werden oder die Nachlassverwaltung eingeletiet werden (Vgl. 1975 flg., 1988, 2000, 2060 BGB.; § 1215 ung. Entw.). Der Erbe kann einen Erbschein verlangen, welcher in unserem Falle eben solche legitimierende Kraft hat, wie bei jedem anderen Erbfall.

Den § 1974 haben wir für unseren Fall bereits oben erörtert. Bei der Todeserklärung beginnt die Ausschlagungsfrist der Erbschaft am frühesten mit dem Zeitpunkte, in welchem das

---

[141]) Vgl. § 18 BGB. und ung. Entw. § 90 1881 LIX ung. G. und noch BGB. § 1061 ung. Entw. § 777, Abs. 1.

Urteil erlassen wird, weil die Ausschlagungsfrist (sechs Wochen) mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt (§ 1944, Abs. 2, S. 1). Das kann aber nicht vor der Erlassung des Todeserklärungsurteils geschehen. Praktische Gesichtspunkte rechtfertigen die kurze Ausschlagungsfrist. Sechs Wochen genügen für den Erben zu einer Erkundigung, anderseits kann er die Anordnung der Nachlassverwaltung beantragen (§ 1981, Abs. 1), wenn er seine Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten auf den Nachlass beschränken will (§ 1975). Diese kurze Frist ist zunächst im Interesse der Nachlassgläubiger bestimmt worden.[142]) Wo eine längere Frist angemessen ist, bestimmt das BGB. sechs Monate, nämlich wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat, oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Ausland aufhält (§ 1944, Abs. 3). Das, was wir über die Ausschlagungsfrist ausgeführt haben, steht zwar nicht ausdrücklich im BGB., ergibt sich aber von selbst.

Weder in unserem geltenden Rechte, noch in unserem Entwurfe gibt es eine Ausschlagungsfrist der Erbschaft. Das ist nicht zu billigen. Ich halte es für zweckmässiger, eine solche Frist trotz der ipso jure Erbfolge in unseren Entwurf aufzunehmen. Man darf nicht nur die Interessen der Erben im Augen haben. Ich möchte für jeden Fall eine einheitliche Frist bestimmen, mit Rücksicht darauf, dass der Erbe für die Nachlassverbindlichkeiten stets beschränkt haftet. Ich würde drei Monate vorschlagen. Was die Haftung der Erben für die Nachlassverbindlichkeiten betrifft, befolgt unser Entwurf das cum viribus Prinzip, das heisst der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten nur mit dem Nachlasse. In unserem bestehenden Rechte ist eine Schwankung, man verkündet das pro und cum viribus Prinzip. Nach den §§ 14, 15 des Zwangsversteigerungsgesetzes hat der Gläubiger zwischen den beiden freie Wahl.[143])

Der Zeitpunkt der Erlassung des Todeserklärungsurteils ist ausschlaggebend, wenn die Geltendmachung eines Rechtes gegen

---

[142]) Motive Bd. V. S. 498.

[143]) Vgl. Motive Bd. V. S. 388. Entsch. III. F. Bd. XIV. Nr 16 Bd. XVIII. Nr. 91. Raffay S. 793. Reiner S. 1137, Grosschmid Abhandlungen Bd. II. S. 598—600.

dritte Personen von dem Tode des für tot Erklärten abhängt, so z. B. das Recht des dem Versicherungsvertrag gemäss Berechtigten gegen den Lebensversicherer.

Sowohl das deutsche Recht, wie das ungarische Recht und der ungarische Entwurf kennt die ausserordentlichen Formen des Testamentes. Die Giltigkeit dieser Testamente ist zeitlich beschränkt. Nämlich nach § 2252 BGB. auf drei Monate. Die Frist beginnt mit der Errichtung des Testamentes, aber der Beginn und Lauf der Frist sind gehemmt, solange der Erblasser ausser Stande ist, ein Testament vor einem Richter oder vor einem Notar zu errichten. Der Umstand, dass der Betreffende ein eigenhändiges Testament zu errichten im Stande war, berührt den zweiten Absatz des § 2252, aber mit der Unmöglichkeit ist es identisch, wenn es erheblich erschwert ist, ein Testament vor einem Richter oder vor einem Notar zu errichten.[144]) (Planck-Ritgen Bd. V, S. 474); a. A. Herzfelder, der diese Ausdehnung nur im Falle des § 2250 zulässt.[145]) Am weitesten geht Endemann.[146]) Nach ihm wäre eine erhebliche Erschwerung jeder Umstand, dessen Ueberwindung dem Erblasser, wenn auch nicht unmöglich, doch nicht zuzumuten ist. Bei der Berechnung der drei Monate wird der Anfangspunkt der Frist nicht mitgerechnet. Die Frist endigt mit dem Ablaufe desjenigen Tages des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder seine Zahl dem Tage entspricht, in dem der Erblasser sein Testament errichtet hat. Wenn dieser Tag fehlt, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des letzten Tages dieses Monats.[147]) Der § 2252 sagt nicht, dass das Testament nach dem Ablaufe von drei Monaten unwirksam wird, sondern, dass es als nicht errichtet gilt. Das ist ein wesentlicher Unterschied, was sich darin zeigt, dass das frühere Testament nur mit dem Widerruf des späteren Testaments wieder wirksam wird.[148]) Die zeitliche Beschränkung der Giltigkeit hat ihren Grund eben in der ausserordentlichen Natur dieser Testamente. § 2252, Abs. 3 bestimmt: wird der Erblasser nach dem Ablaufe der Frist für tot erklärt, so behält das Testament seine Kraft, wenn die Frist zu der Zeit, zu welcher der Erb-

---

[144]) Vgl. § 2250, Abs. 1. Strohal S. 64 N. 5.

[145]) Staudinger Bd. V, S. 513.

[146]) Bd. III. S. 30. N. 14.

[147]) § 187. Abs. I; § 188. Abs. 2, 3.

[148]) Vgl. 2253, 2254, 2258 BGB. Motive Bd. V, S. 282.

lasser den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, noch nicht verstrichen war. Es fragt sich, was für eine Nachricht dazu genug sei, dass das am Lebensein des Erblassers a post konstatiert werden soll. M. E. genügt nicht jedes Gerücht, sondern nur solche Nachricht, welche einen prozessordnungsmässigen Beweis liefert. Zufolge des § 2252, Abs. 3 wird nicht vermutet, dass der für tot Erklärte vor dem Ablaufe der drei Monate gestorben ist, sondern nur die im § 18, Abs. 1 enthaltene Vermutung wird für diesen Fall ausser Kraft gesetzt. Das geschieht aus Zweckmässigkeitsgründen, weil sonst das ausserordentliche Testament des für tot Erklärten stets unwirksam wäre, da der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellte Todestag stets ein späterer Zeitpunkt wäre, als der Ablauf der drei Monate und bis zu dem festgestellten Todestage das Fortleben des Verschollenen vermutet wird (§ 19). Doch kann man diesen Paragraph nicht als eine Ausnahme von dem § 19 betrachten, weil mit der Todeserklärung die Todesvermutung die Lebensvermutung ablöst, welche eventuell zufolge den Umständen einen früheren Zeitpunkt als Todeszeitpunkt bestimmt, als der zweite Absatz des § 18, und dann wird das am Lebensein nur bis dahin vermutet.[149]) Trotz dieser Abweichung ist der § 2252, Abs. 3 nicht contra rationem iuris, viel mehr ist er secundum rationem iuris, und sein Gegenteil wäre contra rationem iuris. Den im die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellten Zeitpunkt als Todeszeitpunkt anzusehen ist dort angebracht, wo wir keinen anderen Stützpunkt haben, aber wenn es darauf ankommt, dass wir den Willen des Erblassers möglichst erfüllen sollen, was das Grundprinzip des Erbrechtes ist, wie es schon in den zwölf Tafeln (tab. V fr. 3.) stand: «Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto», dann müssen wir diesem Hauptgrundprinzip gemäss vorgehen und dem Willen des Erblassers, als positiv gewissen, den Vorzug geben, der Vermutung gegenüber. Das ist gewiss; was das betreffende Testament enthält, das wollte der Erblasser, ungewiss ist aber, dass er die drei Monate überlebte, also dass er seinen Willen verändern konnte. Auch in unserem bestehenden Rechte ist das privile-

---

[149]) Vgl. Planck Bd. V, S. 475, Staudinger—Herczfelder Bd. V, 513 a. A., Fromhold S. 230, Endemann Bd. III, S. 134, Protok. Bd. V, S. 346.

gierte Testament nur dann unbedingt giltig, wenn der Erblasser vor dem Ablaufe dreier Monate, von der Bedingung des dem privilegierten Testamente zugrundeliegenden Ausnahmszustandes an gerechnet gestorben ist,[150]) es sei denn, dass der, der aus dem Testamentsrechte geltend machen will, beweist, dass der Erblasser von der dreimonatigen Frist bis zu seinem Tode in solchem Zustande war, dass er ein neues Testament nicht errichten konnte, oder wenn der Erblasser zufolge des dem Testamente zugrundeliegenden Ausnahmszustandes auf Grund § 523 P. C. des G. 1868 : LIV für tot erklärt wird. Unser Entwurf kennt diese Beschränkung nicht, sondern er stimmt im Allgemeinen überein mit dem § 2252, Abs. 4 des BGB., wenn der Erblasser für tot erklärt worden ist und das letzte bekannt gewordene Zeichen seines Lebens in die dreimonatige Frist fällt. Ich beanstande diese schwere Formulierung,[151]) der § 2252 des BGB. ist klarer und präziser, ich kann nicht den Motiven beistimmen, dass der § 2252 schwerfälliger und undeutlicher wäre als der § 1825 unseres Entwurfes, ich glaube vielmehr das Gegenteil. Unser Entwurf liess den Unterschied zwischen den ausserordentlichen und ordentlichen mündlichen Testamenten fallen und reihte die mündlichen Testamente in die ausserordentlichen Testamente ein. In unserem bestehenden Rechte gilt auch das ordentliche mündliche Testament (das ordentliche Testament bedarf vier, ausserordentliches zwei Zeugen) nur drei Monate lang (Vgl. oben). Abweichend von dem deutschen Rechte darf der Erblasser überhaupt nicht im Stande sein, ein ordentliches Testament zu errichten, wenn das ausserordentliche Testament seine Giltigkeit auch nach dem Ablaufe der dreimonatigen Frist behalten soll. Nach dem ung. Entwurfe hängt es vom Gutdünken des Erblassers ab, ob er ein ausserordentliches Testament errichten will, der Entwurf knüpft aber nur einstweilige Wirkung an das ausserordentliche Testament. Dadurch beugt er der heutigen Casuistik der privilegierten Testamente und den mit dem Beweis des Tatbestandes verbundenen Schwierigkeiten vor.[152])

Das Todeserklärungsurteil kann ausser Kraft gesetzt wer-

---

150) 1876 : XIV c. 4 § 27—32.

151) § 1825, Abs. II.

152) Vgl. Motive Bd. II, S. 88.

den, entweder weil der für tot Erklärte noch am Leben ist, oder weil der Zeitpunkt des Todes unrichtig bestimmt ist. Im ersten Falle kann der für tot Erklärte, im zweiten Falle können seine Rechtsnachfolger die Herausgabe seines Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften verlangen, wie der Erbe von dem Erbschaftsbesitzer, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (§ 2018). Ferner kann man mit hereditatis petitio auch gegen denjenigen klagen, der die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt (§ 2030). Nach dem BGB. kann der Erbschaftsanspruch nur gegen den possessor pro herede und nicht auch gegen den possessor pro possessore geltend gemacht werden, wie das im römischen und im gemeinen Rechte möglich war. Zugleich ist der possessor pro herede jeden Zweifel ausschliessend bestimmt; in der römischen Literatur war die Abgrenzung zwischen der Rechtsstellung des possessor pro herede und derjenigen des possessor pro possessore streitig. M. E. ist die richtige Ansicht die, dass possessor pro herede jeder ist, der sagt, dass er der Erbe sei, obzwar er weiss, dass er wirklich nicht Erbe ist. Streng genommen könnte man den Gesammtanspruch gegen diejenigen nicht geltend machen, welche unter den § 2018, bezw. § 2030 nicht fallen, sondern könnte man die Ansprüche gegen diese nur auf Grund des an den einzelnen Teilen des Vermögens bestehenden Rechtes geltend machen, soweit man darin durch die §§ 2366, 2367, 2370 nicht beschränkt wird. Das ist besonders wichtig in dem Falle, dass ein Betrüger sich für den Verschollenen ausgibt und das Vermögen in Besitz nimmt, wiewohl dieser Fall kaum denkbar ist. Gegen den wäre der Erbschaftsanspruch nach der Formulierung des Gesetzes nicht geltend zu machen (Vgl. Planck-Ritgen Bd. V, S. 175, Strohal I. S. 157—158). Ich gebe zu, dass praktische Zweckmässigkeitsgründe gegen unseren Standpunkt sprechen, aber wir dürfen das Gesetz nicht korrigieren. Ich gebe ferner zu, dass praktisch genommen, die Stellung des Betrügers dem Berechtigten gegenüber wesentlich dieselbe ist, wie die des Erbschaftsbesitzers, aber die Formulierung des Gesetzes schliesst aus, dass die hereditatis petitio dem zurückgekehrten für tot Erklärten gegen den Betrüger gegeben werden soll, obzwar diese Entscheidung offenbar ungerecht ist. Strohal gibt in zweiter Ausgabe seines Werkes (S.

548) die hereditatis petitio auch gegen den Betrüger aus praktischen Gründen, schon auch deswegen, weil im Falle des Erbschaftsanspruches das für den Erbschaftsanspruchberechtigten bestehende Surrogationsprinzip zur Geltung kommen soll. Beim Erbschaftsbesitzer macht es keinen Unterschied, ob er den Rechtsmangel kennt oder nicht. Etwas muss er von der Erbschaft erlangt haben, was oder wie viel, ist gleichgiltig.

Auch der Betrüger hat aber die Auskunftspflicht über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände per analogiam § 2027, Abs. 2.[153]) Nach Herzfelder kann man auch den § 2027 nicht anwenden, er beruft sich darauf, dass nach § 2031 der für tot Erklärte nur auf die Herausgabe des Vermögens klagen kann, aber das ist eine buchstäbliche Auslegung, ausserdem ist das im Widerspruch mit seiner Behauptung, dass die vorhergehenden Paragraphen eine entsprechende Anwendung finden. Das gebe ich zu, dass der § 2028 keine Anwendung finden kann.

Auch in unserem Falle kann der Erbschaftsbesitzer sich dem für tot Erklärten gegenüber, solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist, nicht auf die Ersitzung einer Sache berufen, die er als zur Erbschaft gehörend im Besitze hatte (2026). Solange der für tot Erklärte noch lebt, wird die Verjährung seines Anspruchs nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem er von der Todeserklärung Kenntnis erlangt (§ 2031, Abs. 1, S. 2). Solange aber die Todeserklärung nicht ausser Kraft gesetzt worden ist, steht den Rechtsnachfolgern ganz freies Verfügungsrecht zu, beruhe ihr Erbrechtstitel auf einem Testamente, oder einem Vertrage, oder auf dem Gesetze. Der Standpunkt des BGB. ist in dieser Frage mit dem Standpunkte des gemeinen Rechtes im wesentlichen übereinstimmend.

Obgleich das BGB. ausdrücklich nur dem für tot Erklärten das Recht gibt, die Herausgabe seines Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften zu verlangen, so folgt doch das Recht seiner Erben schon aus den allgemeinen erbrechtlichen Grundprinzipien, aus der Vererblichkeit des Erbschaftsanspruches, weil die Vermögensrechte vererblich sind, insofern das Gesetz nicht ausdrücklich eine Ausnahme

---

[153]) a. A. Staudinger—Herzfelder Bd. IV, S. 248.

macht, oder aus ihrer Natur nicht das Gegenteil folgt. Darum spricht das BGB. nicht besonders von dem Falle, dess der für tot Erklärte vor dem Zeitpunkt gestorben ist, der in dem Todeserklärungsurteil festgestellt ist. Denn hier entsteht der gewöhnliche Erbschaftsanspruch für den benachteiligten wahren Erben.

Der § 2031 bedeutet viel; wie wir sahen, sind auch die Regeln der Verjährung durchbrochen. Darin liegt eine Annäherung an den Code civil. Es ist eine sehr nützliche und der Billigkeit entsprechende Bestimmung, dass die Todesvermutung dem für tot Erklärten gegenüber unwirksam bleibe, es sei denn, dass er sich offenbar nicht darum bekümmert und seinen Anspruch in frivoler Weise auch nach dieser verlängerten Frist geltend zu machen versäumt hat. Diese Begünstigung auf die Erben auszudehnen, liegt kein Grund vor. Praktisch wird unser Fall kaum zur Geltung kommen, aber jedenfalls ist diese aussergewöhnliche Bestimmung auch für den äussersten Fall eine Sicherheit. In den Regelfällen der Todeserklärung beträgt die regelmässige Verjährungsfrist schon vierzig Jahre, 10 Jahre + (regelmässige Verjährungsfrist), 30 Jahre (§ 195) von der von dem Leben des Verschollenen eingegangenen letzten Nachricht gerechnet. Darum verhindert der § 2031 den Erben kaum in seiner freien Verfügung. Die Kenntnisnahme von der Todeserklärung muss der Gegner beweisen. Bei der Berechnung der einjährigen Frist wird der Tag der Kenntnisnahme nicht mitgerechnet, die Frist endigt mit dem Ablaufe desjenigen Tages des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder seine Zahl dem Tage entspricht, in den die Kenntnisnahme fällt.[154]) Nach dem Ablaufe der Verjährungsfrist hat der für tot Erklärte gar keinen Anspruch auf Unterhalt dem Erbschaftsbesitzer gegenüber (dem Besitzer seines Vermögens gegenüber), wenn dieser nicht aus einem sonstigen Grunde ihm gegenüber eine Unterhaltspflicht hat.

Im preussischen Rechte konnte der für tot Erklärte auch nach dem Ablaufe der Verjährungsfrist notwendigen Unterhalt verlangen. Nach preussischem Rechte verjährt das Rückforderungsrecht in dreissig Jahren (Förster, Unger), man kann aber nicht sagen, dass in dreissig Jahren das Erbrecht (Koch) oder

---

154) § 187, Abs. I, § 188, Abs. II.

der Nachlass als Gesamtheit ersessen wurde, und darum der für tot Erklärte kein Rückforderungsrecht hätte. Denn vom Erbrechte oder vom Nachlasse kann man nicht sprechen, wenn der Verschollene noch lebt (viventis nulla est hereditas).

Nach dem ungarischen Entwurfe finden die allgemeinen Verjährungsregeln auch in unserem Falle (bei der Todeserklärung) Anwendung, was ich für unberechtigt halte. Wenn der Fall auch nicht häufig ist, so verlangt er doch besondere Berücksichtigung, mindestens so wie im preussischen Recht. Die Motive erwähnen diese Frage überhaupt nicht. Das ist m. E. ein Fehler. Die Motive müssen Rechenschaft geben von den wichtigeren Materien, bezw. Streitfragen. Ich halte überhaupt das Kapitel über die rechtliche Stellung des Erben dem Erbschaftsbesitzer gegenüber für sehr lückenhaft, viele Fragen bleiben ungeregelt.

Richtig ist der zweite Absatz des § 2031, welcher die Bestimmungen des ersten Absatzes auch auf den Fall ausdehnt, wenn der Tod einer Person ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist. Unser Entwurf enthält diese Bestimmung nicht. Als Grund geben die Motive an: «Abgesehen davon, dass es fraglich ist, ob im Falle eines solchen sachlichen Irrtums eine besondere Gesamtforderung auf die Lösung des Falles zu konstruiren notwendig sei, haben solche Fälle so wenig praktische Bedeutung, dass der Entwurf deren Entscheidung unverzagt der Rechtsanwendung zutrauen kann.»[155]) Das kann man nicht ohne Widerspruch lassen. Fangen wir mit dem Ende an: Wenn auch etwas nicht so oft praktisch wird, dessen ungeachtet bedarf es der Regelung und der Gesetzgeber darf die Last von seinen Schultern nicht schütteln und den Richter zum Gesetzgeber machen. Das wäre sehr bequem. Dann könnten wir ja alle nicht so häufigen Fälle ungeregelt lassen, auch die, von welchen wir bestimmt wissen, dass sie vorkommen. Es bleibt genug ohne Regelung, woran der Gesetzgeber nicht denkt oder nicht denken kann. Der Rechtsanwendung darf der Gesetzgeber nicht zu viel überlassen, das gefährdet die Rechtseinheit, bezw. die Rechtssicherheit. Wunderbar ist es, dass die Motive noch in Zweifel darüber sind, ob man im betreffenden Falle auf die Lösung des Falles eine besondere Gesamtforderung

[155]) Motive Bd. V, S. 461.

konstruiren muss oder nicht. Was die Behauptung betrifft, dass diese Fälle wenig praktisch sind, nur so viel: jedenfalls kommen sie häufiger vor, als die Todeserklärung eines lebenden Menschen, bezw. seine Rückkehr. Ein solcher Fall ist z. B. der folgende: Jemand ist verschollen. Nach seiner Verschollenheit wurde eine Leiche gefunden, und in der Leiche glaubte man den Verschollenen erkennen zu können, oder es wurde ein irriger oder falscher Totenschein ausgestellt. Eine Sterbeurkunde ist indes nicht unbedingt notwendig, weil es möglich ist, dass sie überhaupt nicht zu beschaffen ist.

Wir haben bereits erwähnt: wenn der für tot Erklärte noch lebt, so kann er die Herausgabe seines Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften verlangen. Er kann mit der hereditatis petitio klagen.

Die Benennung hereditatis petitio ist hier nicht ganz genau, weil der für tot Erklärte hier nicht auf Grund eines stärkeren Erbrechtes klagt, aber anderseits ist es wahr, dass er gegen denjenigen ist, der pro herede possidet und mit einer universalen Actio auftritt. In unserem Falle kann weder eine eigenmächtige Entsetzung, noch eine possessorische Klage, sondern nur die petitorische hereditatis petitio Platz greifen. Der für tot Erklärte bedarf, wenn die Erbschaftsgrundstücke im Grundbuch umgeschrieben wurden, keiner neuen Umschreibung, sondern nur einer Löschung. Unsere prozessrechtliche Novelle[156]) hält den Erben für einen gutgläubigen Besitzer, er kann natürlich nur dann dafür gehalten werden, wenn er wirklich in gutem Glauben ist. Zur Geltendmachung der Rechte des für tot Erklärten ist bei uns unbedingt erforderlich, dass er den Uebergebungsbescheid entkräftet. Weil die hereditatis petitio eine universale Aktio ist, so kann der Besitzer, auch wenn der für tot Erklärte einen singulären Anspruch geltend macht, nicht nur die auf den betreffenden Gegenstand gemachten Verwendungen gegen ihn einwenden, sondern alle im Interesse der Erbschaft verwendeten Kosten. Die Zuständigkeit des Gerichtes wird bei uns nach den persönlichen Klagen entschieden, darum verursacht es keine Verwirrung, wenn die Liegenschaften an mehreren Orten liegen.[157])

---

156) § 90, Abs. II.

157) Vgl. Grosschmid Abschnitte Bd. I, S. 401.

Nach dem B. G. kann der für tot Erklärte auch gegen diejenigen Klage erheben, die eine Erbschaft besitzen, welche nach der Todeserklärung ihm angefallen ist, mit einem Worte: der Erbe kann gegen jeden von jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat, auf Herausgabe des Erlangten klagen. Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch das, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt (2019). Die Zugehörigkeit einer derart erworbenen Forderung zur Erbschaft hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt. Die für die Uebertragung der Forderung geltenden Vorschriften finden hier entsprechende Anwendung.[158])

Der für tot Erklärte kann nicht nur die Herausgabe der Substanz seines Vermögens verlangen, sondern auch die inzwischen gezogenen Nutzungen und Früchte, obzwar der Besitzer bereits das Eigentum daran erworben hat; ebenso kann er Auskunft über den Bestand des Vermögens und über den Verbleib der Vermögensgegenstände verlangen. Soweit der Besitzer zur Herausgabe ausser Stande ist, bestimmt sich seine Verpflichtung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812—822, Vgl. § 2021).

Nach unserem Entwurfe finden die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung principaliter Anwendung (§ 1771). Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf alles, was der Erbschaftsbesitzer dem Nachlasse entzogen hat, sie erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen, sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes, oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung, oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. Wenn die Herausgabe der Vermögensgegenstände nicht möglich ist, so hat der Besitzer den Wert zu ersetzen. Die Surrogation hat in unserem Entwurfe, abweichend vom BGB., keine dingliche Wirkung, sondern nur das Condictionsprinzip findet Anwendung.

Was die Herausgabepflicht im BGB. betrifft, so macht der gute bezw. schlechte Glaube des Erbschaftsbesitzers keinen Unterschied. Anders in Anbetracht der Haftung. Die Haftung des

---

158) §§ 406—408.

schlechtgläubigen Besitzers ist sehr streng; war er nämlich bei dem Beginne des Erbschaftsbesitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er so, wie wenn der Anspruch des Erben zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre; wenn er erst später erfährt, dass er nicht Erbe ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an. Eine weitergehende Haftung wegen Verzugs bleibt unberührt (Buch V, Abschnitt II, Titel 3). Der Erbschaftsbesitzer ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder lediglich infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass ihm kein Recht auf die Erbschaft zusteht (§ 932, Abs. 2). In unserem Entwurfe wird nur die positive Kenntnis berücksichtigt. Das steht im Zusammenhange damit, dass unser Entwurf abweichend vom BGB. keinen dinglichen Anspruch gibt.

Die Formulierung des § 2031 des BGB. ist präciser als die des § 2043 unseres Entwurfes, welcher dem § 1873 des Gegenentwurfes von Otto Bähr entspricht. Nach unserem Entwurfe gilt folgendes: Wenn ein lebender Mensch für tot erklärt worden ist und die Herausgabe seines Vermögens von dem Besitzer verlangt wird, finden dieselben Vorschriften Anwendung, wie zwischen dem wahren Erben und dem Erbschaftsbesitzer, wenn der erste die Herausgabe des Vermögens verlangt. Otto Bährs Formulierung war dem ersten Entwurfe des BGB. entsprechend, nach welchem noch das die Todeserklärung aussprechende Urteil eine constitutive Wirkung hatte; das betraf auch den Todeszeitpunkt des Verschollenen; dagegen hat nach BGB. und auch nach unserem Entwurfe das Urteil in dieser Beziehung nur eine declaratorische Wirkung. Darum ist nur die Formulierung des § 2031 des BGB. richtig. Sie ist richtig auch schon in der Hinsicht, dass sie zum Ausdruck bringt, dass es zur Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs des Ueberlebens des für tot Erklärten bedarf. Seinen Erben steht der Erbschaftsanspruch nur deswegen zu, weil er auch ihm zustände, wenn er am Leben wäre. Denn die Vererblichkeit des Anspruches setzt voraus, dass der Anspruch auch dem Erblasser zustehe. Wenn der für tot Erklärte schon im Zeitpunkte der Todeserklärung nicht mehr lebte, so stand dieser Anspruch ihm niemals zu, und so gäben wir nach unserem Entwurfe den Erben einen Anspruch, welcher dem Erblasser nicht zustand. Der § 2031 des BGB. erklärt also nicht eine so überflüssige, bedeutungslose Regelausdehnung, wie es die Motive unseres Entwurfes hinstellen wollen, sondern wir

sehen, dass dieser Paragraph sehr logisch ist und in Einklang steht mit den anderen Paragraphen.

Den Anspruch des für tot Erklärten könnten wir richtiger als hereditatis petitio utilis benennen. Ich schlage «utilis» darum vor, weil hier eigentlich kein Erbschaftsanspruch vorliegt; denn eine Erbfolge ist eigentlich nicht eingetreten (viventis nulla est hereditas), sondern sie wurde nur zu Unrecht als eingetreten angenommen. Nur aus Billigkeits- und Zweckmässigkeitsgründen wurde die Geltendmachung eines solchen Gesammtanspruches auf die Herausgabe des als Erbschaft in Besitz genommenen Vermögens gestattet.

Auch nach unserem Entwurfe ist der Erbschaftsbesitzer verpflichtet, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen, und über sein Verfahren bezüglich des Nachlasses Rechenschaft abzulegen. Die gleiche Verpflichtung hat, wer, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlass in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat (§ 2041). Auch nach unserem Entwurfe bestimmt sich die Haftung des Erbschaftsbesitzers in jedem Falle nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (übereinstimmend mit § 2029 des BGB.), also auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen. Diese Vorschrift ist von Amtswegen zur Anwendung zu bringen.

Unser Entwurf bestimmt, abweichend vom BGB., den Inhalt des Anspruches gegen den Erbschaftsbesitzer im ganzen nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Das BGB. geht — was die Herausgabe der Sachen, welche in Natur noch vorhanden sind, betrifft — von den Regeln des Eigentumsanspruches aus; nur soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe ausser Stande ist, bestimmt sich seine Verpflichtung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 2021). Der Standpunkt unseres Entwurfes widerspricht — ganz abgesehen von allem anderen — auch der Ordnung der Dinge, er ist ein filius ante patrem, der Anspruch ist im ganzen eine obligationenrechtliche Condiction, obzwar die Motive hervorheben (Bd. V, S. 455), dass sie ihn nicht dazu machen wollten. Der wahre Erbe kann die Sachen, die in Natur noch vorhanden sind, auf Grund seines Eigentumsrechtes, nicht nur auf Grund eines Obligationenrechtes, verlan-

gen, aber das ist viel verwickelter und stösst ausserdem auf grössere Schwierigkeiten als die Ordnung des BGB.

Nach unserem bestehenden Rechte[159]) ist, wenn der Todeserklärung gegenüber festgestellt wird, dass der Verschollene früher oder später gestorben ist oder noch am Leben ist, der, der auf Grund der Todeserklärung das Vermögen in Besitz genommen hat, als gutgläubiger Besitzer anzusehen, vorausgesetzt natürlich, dass er wirklich im guten Glauben ist. Das Gegenteil hat der zu beweisen, der es behauptet.

Wenn ein Erbschein erteilt worden ist, so kann der für tot Erklärte, wenn er noch lebt, von dem Besitzer des unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlassgericht verlangen. Das gleiche Recht hat eine Person, deren Tod ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist (§ 2370, Abs. II, Vgl. § 2362). Es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Erbe gewusst hat, dass der Betreffende noch am Leben ist oder nicht. Nach den Protokollen (Bd. VI, S. 317) soll der § 2031, Abs. II und auch § 2370, Abs. II alle Fälle decken, in welchen das Todeserklärungsurteil im Wege eines Anfechtungsprozesses ausser Kraft gesetzt wird. Trotz der Absicht der Commission deckt der § 2031, Absatz II diese Fälle nicht, weil er ganz klar sagt, «wenn der Tod einer Person ohne Todeserklärung...»; aber das schadet nicht, denn diese Fälle regelt der Abs. 1 des § 2031.

Wir sahen, die Todeserklärung begründet die Vermutung des Todes. Es knüpfen sich daher grundsätzlich dieselben Rechtswirkungen an sie, wie wenn der Tod tatsächlich eingetreten wäre, namentlich auf dem Gebiete des Vermögens- und des Familienrechtes. Die Todeserklärung schafft eine Lage, welche wesentlich der entspricht, welche im Falle des Todes des Verschollenen eingetreten wäre. So kann der dem Versicherungsvertrag gemäss Berechtigte die Lebensversicherungssumme verlangen, die Witwe und die Kinder können die Witwen-, bezw. Waisenpension verlangen. Die Todeserklärung wirkt nicht nur auf dem Gebiete des Sachenrechtes, sondern auch auf dem des Obligationenrechts.[160]) In einem dem Sachenrecht angehörenden Fall hat schon die Verschollenheit eine Rechtsfolge: nämlich

---

[159]) G. 1881 : LIX § 90, Abs. II.

[160]) Z. B. §§ 569, 673, 727, 759 aus dem Obligationenrechte; 927, 1061, 1090 aus dem Sachenrechte.

der Eigentümer eines Grundstückes kann, wenn das Grundstück seit dreissig Jahren im Eigenbesitz eines anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden. Wenn der Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, so ist das Aufgebotsverfahren nur zulässig, wenn er gestorben oder verschollen ist und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des Eigentümers bedurfte, seit dreissig Jahren nicht erfolgt ist (Vgl. § 927, Abs. 1).

Der Begriff der Verschollenheit setzt den Ablauf einer bestimmten Frist nicht voraus. Sobald eine Nachricht eingeht, dass der Verschollene noch am Leben ist, ist er nicht mehr verschollen; aber wenn nachher keine Nachricht von seinem Leben eingeht, dann wird die Frist der Verschollenheit von der letzten Nachricht an von neuem gerechnet.

Die Verschollenheit setzt die Abwesenheit nicht voraus. Diejenigen, welche dies behaupten, stehen unter der Wirkung des ersten Entwurfes des BGB. und der Motive. Der erste Entwurf erwähnt bei der Definition der Verschollenheit die Abwesenheit als ein Erfordernis und beschränkt den Begriff der Verschollenheit abweichend vom BGB., vom ungarischen Rechte und Entwurfe auf die Person der Abwesenden, bei welchen die Voraussetzungen der Todeserklärung vorhanden sind (§§ 6—8). Das deutsche BGB., das ungarische Recht und der ungarische Entwurf geben den Begriff der Verschollenheit nicht. Wir verstehen darunter, was die allgemeine Auffassung darunter versteht, nämlich den Fall, dass das Leben und der Tod jemandes gleichmässig ungewiss ist, ohne dass wir von ihm eine Nachricht bekommen. Der Betreffenae muss folglich spurlos verschwunden sein. Jedoch ist nicht unbedingt erforderlich, dass er von seinem Wohnorte, bezw. Aufenthaltsorte fortgegangen ist. Denken wir nur an die Ueberschwemmung, an den Theaterbrand, an den Elementarschaden etc. (Staudinger Bd. I, S. 90).

Bei den Rechtswirkungen der Todeserklärung macht der Grund der Verschollenheit keinen Unterschied; der Verschollene erleidet darum keinen besonderen Rechtsnachteil, weil er in rechtswidriger Absicht, vielleicht um die Strafe zu vermeiden, verschollen ist. Früher wurde das angenommen, so auch nach dem preussischen Gesetze aus dem Jahre 1863, ferner nach dem Allgemeinen Landrechte. Wenn der Verschollene dreissig Jahre nach seiner Todeserklärung zurückkehrt, so verliert er

seinen Anspruch auf die Herausgabe seines Vermögens, wegen seiner Nachlässigkeit und Gesetzverachtung. Sogar nach den Motiven des ersten Entwurfes wäre die Folge der passiven Haltung des für tot Erklärten, dass sein Anspruch verjährt, wenn er auch lebt, ohne dass er von seiner Todeserklärung Kenntnis erlangt hat. Das ist eine durchaus willkürliche und veraltete Auffassung, und darum ist das BGB. mit Recht von ihr abgewichen. Der Grund des Mangels der Kenntnisnahme ist gleichgiltig.

Auch im Falle der Todeserklärung werden die gutgläubigen Dritten geschützt, die mit den Erben Rechtsgeschäfte geschlossen haben, sei die Todeserklärung zu unrecht erfolgt, sei nur der Zeitpunkt des vermuteten Todestages unrichtig bestimmt.

Im ungarischen Rechte und Entwurfe sind keine besonderen Bestimmungen über den Schutz der gutgläubigen Dritten im Falle der Todeserklärung gegeben, mithin finden die allgemeinen Regeln Anwendung.

Für die Anwendung des § 2370 des BGB. ist die Grundbedingung, dass die Todeserklärung im Urteile ausgesprochen worden ist; dazu kommt noch, dass die für tot erklärte Person den Zeitpunkt überlebt haben muss, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt, oder dass sie vor diesem Zeitpunkte gestorben sei. Der Schutz der gutgläubigen Dritten knüpft sich im Falle des § 2370 an die Tatsache der Todeserklärung ebenso wie die Beurteilung des Erbscheins. Das Todeserklärungsurteil ersetzt aber auch den Erbschein. § 2370 bestimmt: wenn die für tot erklärte Person den Zeitpunkt überlebt hat, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt, oder vor diesem Zeitpunkte gestorben ist, so gilt derjenige, welcher auf Grund der Todeserklärung Erbe sein würde, in Ansehung der in den §§ 2366, 2367 bezeichneten Rechtsgeschäfte zu Gunsten des Dritten auch ohne Erteilung eines Erbscheins als Erbe, es sei denn, dass der Dritte die Unrichtigkeit kennt oder weiss, dass die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben worden ist. Die in den §§ 2366, 2367 bezeichneten Rechtsgeschäfte sind die folgenden: Erwerb eines Erbschaftsgegenstandes durch Rechtsgeschäft, eines Rechtes an einem solchen Gegenstand, oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte; es macht keinen Unterschied, ob der vermutete Erbe die Rechtsgeschäfte selbst vorgenommen hat oder ob sie ihm gegenüber vorgenommen wor-

den sind. Ferner sind noch die Fälle erwähnt, in denen an dem Erben auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes eine Leistung bewirkt oder dass zwischen ihm und einem Anderen in Ansehung eines solchen Rechtes ein nicht unter die Vorschrift des § 2366 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.

Hat der für tot Erklärte den vermuteten Todeszeitpunkt überlebt, so ist es für die Lage der gutgläubigen dritten Person gleichgiltig, ob er noch lebt, ob es feststeht, dass er in einem gewissen Zeitpunkte gestorben ist, oder ob nur so viel gewiss ist, dass er den vermuteten Todeszeitpunkt überlebt hat, aber der wirkliche Zeitpunkt des Todes ungewiss ist. Und umgekehrt macht auch das keinen Unterschied, dass das Todeserklärungsurteil im Wege eines Anfechtungsprozesses ausser Kraft gesetzt wird, oder die durch das Urteil begründete Vermutung nur durch einen Gegenbeweis im concreten Falle entkräftet wird. Die Interessen des Verkehrs erheischen die Bestimmungen des § 2370.

Wenn es sich herausstellt, dass der Verschollene noch vor dem im Urteil angegebenen Zeitpunkt gestorben ist, so bedarf der als Erbe Berufene keiner besonderen Rechtshilfe bei der Geltendmachung des Erbschaftsanspruches. Das Nachlassgericht zieht den unrichtigen Erbschein ein. Kann der Erbschein nicht sofort erlangt werden, so hat ihn das Nachlassgericht durch Beschluss für kraftlos zu erklären. Mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung des Beschlusses in die öffentlichen Blätter wird die Kraftloserklärung wirksam.

Der Schutz der gutgläubigen Dritten ist sehr weitgehend. Der gutgläubige Dritte ist nicht nur nach den Vorschriften des gutgläubigen Erwerbes oder durch die publica fides des Grundbuchs geschützt, sondern er wird auch des Schutzes teilhaftig, der sich an die Vorschriften über den Erbschein knüpft, obzwar der vermutete Erbe keinen Erbschein gehabt hat. Er ist geschützt sowohl gegen den wahren Erben wie gegen den für tot Erklärten, wenn dieser noch lebt. Aber wenn weder die Todeserklärung erfolgt ist, noch der vermeintliche Erbe einen Erbschein gehabt hat, dann stehen die im § 2370 bestimmten Rechte den gutgläubigen Dritten nicht zu. Es macht keinen Unterschied, dass der unrichtige Todeszeitpunkt bezw. der fälschlich behauptete Tod des für tot Erklärten durch eine öffentliche Urkunde

bezeugt wurde und der vermutete Erbe im ungestörten Besitze der Erbschaft war.[161])

Bei der Ausschliessung der Anwendung des § 2370 kommt nur die positive Kenntnis in Betracht; selbst die grob fahrlässige Unkenntnis schadet nicht, aber wiederum darf man die Unrichtigkeit der Todeserklärung nicht kennen; es genügt schon, dass wir eine Tatsache kennen, aus welcher wir die Unrichtigkeit der Todeserklärung folgern können (a. A. Planck Bd. V, S. 676, Staudinger-Herzfelder Bd. V, S. 700). Uebrigens schadet die Kenntnis von der Rechtshängigkeit ebensowenig wie die Kenntnis davon, dass das Nachlassgericht die Erteilung des Erbscheins verweigert hat, selbst wenn das infolge der Anfechtung der Todeserklärung geschah.[162])

Wenn aber die Erben des für tot Erklärten die Erteilung eines Erbscheins beantragen, so wird der Zeitpunkt, der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist, als Zeitpunkt des Todes angegeben. Uebrigens haben sie für die Erteilung des Erbscheins dieselben Tatumstände anzugeben, wie die Erben überhaupt (§§ 2354, 2355).

Die Rechtsnachfolger des für tot Erklärten können über die Vermögensrechte des für tot Erklärten rechtsgiltig verfügen; wer von ihnen im guten Glauben ein Recht erwirbt, erlangt ein unangreifbares Recht. Hier ist das Prinzip: nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet durchbrochen; obzwar der Disponent kein Erbe ist, so werden doch seine Verfügungen so betrachtet, wie wenn sie vom Erben vorgenommen worden wären.

Auch unser Entwurf kennt den Erbschein, weil nach ihm der Uebergang des Nachlasses nicht an den Verlauf des Verlassenschaftsverfahrens gebunden ist. Nach unserem Entwurfe kann die Erteilung des Erbscheins nur nach der Annahme der Erbschaft beantragt werden; unzulässig ist es, dass andere Interessierte sie vorher für den Erben beantragen, wie nach der d. C. P. O. die Gläubiger des Erben zum Zwecke der Zwangsvollstreckung (Vgl. d. C. P. O. §§ 792, 896). Die Fassung des BGB. verdient insofern den Vorzug vor dem unga-

---

[161]) Planck Bd. V, S. 675.

[162]) Planck—Ritgen Bd. V, S. 676, Strohal S. 391 N. 28, Staudinger—Herzfelder Bd. V, S. 700. Hellmann: Kritische Vierteljahrschrift Bd. 39, S. 240, Küntzel Gruchots Beiträge Bd. 41, S. 831.

rischen Entwurf, als das BGB. nicht nur die sich an den Erbschein knüpfenden Rechtswirkungen, sondern auch seine Voraussetzungen und Bedingungen regelt wegen des dazwischen bestehenden engen Zusammenhangs. Man kann das materielle Recht vom formellen Recht nicht ganz trennen.[163])

Im ungarischen Rechte enthalten die §§ 98 bis 106 des Gesetzes über das Erbverfahren die Voraussetzungen und Bedingungen für die Erteilung des Erbscheins und des Vermächtnisscheins.[164])

Auch unser Entwurf dehnt die Rechtswirkung des Erbscheins auf den Erben und auf Dritte, die sich in Rechtsgeschäfte mit ihm eingelassen haben, aus und bringt die Interessen des wahren Erben mit den Interessen des Verkehrs dadurch in Einklang, dass er nur die entgeltlichen Verfügungen jener Erben über Nachlassgegenstände dem wahren Erben gegenüber aufrecht hält. Nachlassgegenstände sind sowohl Sachen als Rechte. Die Annahme der Leistungen ist nichts anderes als die Verfügung über ein Recht. Dies ist durch unseren Entwurf besonders hervorgehoben worden.[165]) Die Verfügungen sind natürlich nur innerhalb der Schranken des Erbscheins giltig. In zwei Beziehungen ist unser Entwurf besser als das BGB., nämlich insofern, als er seitens des Dritten ein schuldloses Nichtwissen erheischt. Er nimmt also den guten Glauben in subjectiven Sinne; das war auch der Standpunkt des Gegenentwurfes Otto Bährs gegen den ersten Entwurf des BGB.[166]) Das BGB. verlangt hingegen nur objectives Nichtwissen. Ferner ist der Standpunkt unseres Entwurfes auch insofern richtiger, als die unentgeltliche Verfügung dem wahren Erben gegenüber sich mit dinglicher Kraft resolviert und nicht bloss eine Condiction stattfindet, wie nach § 2366 des BGB., nach welchem nur die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangt werden kann.[167])

In Anbetracht des Schutzes des gutgläubigen Dritten (bei § 2370) kommt es auf den guten bezw. den schlechten Glauben des Erben nicht an.

---

[163]) Vgl. 2353—2370 des BGB.

[164]) 1894 : XVI c. 10.

[165]) Vgl. Motive Bd. V, S. 375.

[166]) Vgl. § 1854, S. 405.

[167]) Motive (ung. Entw.) Bd. V, S. 375.

Um die Missverständnisse und die Verwirrungen zu vermeiden, wünscht Endemann (Bd. III, S. 527) mit Recht, dass das Todeserklärungsurteil die Erben zugleich aufzählen soll. Das ist wenigstens dann gerecht, wenn die Parteien es selbst verlangen, weil die Todeserklärung stets auch erbrechtliche Wirkungen hat. M. E. müsste man, wenn nur irgend ein Nachlass vorhanden ist, die Erben aufzählen. Das änderte an der Rechtslage der sich später meldenden Erben nichts. Aehnlich ist die Rechtslage, wenn jemand irrtümlicher Weise für tot erklärt wird. Die Erbfolge tritt nach unserem Rechte wie nach BGB. nur mit dem Tode des Erblassers ein. Den Tod hat der Erbe zu beweisen. Ein Beweis ist, beziehungsweise den Beweis ersetzt das Todeserklärungsurteil, welches zwar interimistisch, aber absolut wirkt. Interimistisch sage ich darum, weil jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, den in dem Todeserklärungsurteile festgestellten Zeitpunkt abändern lassen kann. Dazu muss man nicht beweisen, dass der für tot Erklärte noch am Leben ist. Es genügt vielmehr der Nachweis, dass der für tot Erklärte den festgestellten Zeitpunkt überlebt hat; auf Grund dessen kann die Berichtigung des Zeitpunktes verlangt werden. Das neue abändernde Urteil hat auch absolute Wirkung.

Was das Erbrecht der Ehefrau betrifft, so ist Grundprinzip sowohl im deutschen, wie im ungarischen Rechte, dass nur diejenige Ehefrau erbberechtigt ist, welche bis zum Tode ihres Ehemannes in giltiger Ehe mit ihm gelebt hat. Ist sie aber inzwischen geschieden, oder hat der Ehemann die Ehe angefochten, dann hat die Frau kein Erbrecht ihrem Manne gegenüber. Dies gilt auch dann, wenn der Ehemann inzwischen gestorben ist und seine Erben beweisen können, dass ein triftiger Scheidungsgrund in der Person der Frau vorliegt. Ich bemerke, dass in diesem Falle der Erbschaftsrichter incidenter über die Ehe entscheidet; eben deswegen hat diese Entscheidung keine absolute Wirkung.

Ich halte Endemanns Ansicht für unrichtig, dass, wenn die Frau des für tot Erklärten eine neue Ehe eingeht, ihr Erbrecht erlischt (Bd. III, S. 74); er beruft sich auf den II. Absatz des § 1348. Nur so viel ist m. E. wahr, dass der Frau, wenn sie eine neue Ehe eingeht, kein Erbrecht an der eventuellen neuen Errungenschaft ihres Mannes zusteht, wohl aber steht ihr das

Erbrecht an dem vor der neuen Eheschliessung vorhandenen Vermögen ihres Mannes zu.

Obzwar die Todeserklärung allein die Ehe noch nicht auflöst, ist sie doch in Beziehung auf das Erbrecht von derselben Bedeutung wie der Tod. Gegenüber dem für tot Erklärten tritt die Erbfolge ein.[168]) Wenn die Frau von der Erbschaft ausgeschlossen wäre, so wäre das ausdrücklich bestimmt. Sonst liegt dazu kein Grund vor. Wenn etwas aus dem Nachlasse des für tot Erklärten später zum Vorschein kommt, so ist die Frau auch daran trotz der neuen Eheschliessung erbberechtigt.

Wichtig ist die Lebensvermutung, welche sowohl im ungarischen Entwurfe wie im deutschen BGB. Platz greift.[169]) Ohne sie wären wir in derselben Lage wie Frankreich. Kann hier das Leben des Verschollenen nicht bewiesen werden, so erwirbt der Verschollene die auf ihn auch vor der Verschollenheitserklärung fallenden Erbschaften, Vermächtnisse bezw. die ihm zustehenden Rechte nicht, sondern die Erbschaft und das Vermächtnis gehen auf diejenigen über, die für den Fall berechtigt sind, dass der Verschollene bereits gestorben ist. Doch gilt dies mit der Einschränkung, dass sowohl der für tot Erklärte, wenn er sich meldet, wie seine Erben, wenn sie den Todeszeitpunkt feststellen können, die seit der Verschollenheit bis zum Todeszeitpunkte auf ihn fallenden Rechte innerhalb der Verjährungsfrist geltend machen können. Aber die gewesenen Erben werden als gutgläubige Besitzer betrachtet, also können sie die gezogenen Nutzungen behalten. Eine Ausnahme ist nur für den im Kriege Verschollenen bestimmt.

In diesem Falle bestellt der Familienrat unter Mitwirkung des Vorstandes einen Pfleger für die Verwaltung der vor der Verschollenheitserklärung auf den Verschollenen fallenden Erbschaften, der ihm das Vermögen herausgibt, vorausgesetzt, dass er vor seiner Verschollenheitserklärung zurückkehrt.[170]) Auch ein Bevollmächtigter kann fremde Rechte nicht ausüben, wenn er das Leben seines Vollmachtgebers nicht beweisen kann. Für diesen Zweck wird im deutschen und im ungarischen Rechte

---

168) Vgl. §§ 2031, 2370.

169) Vgl. § 18, Abs. I, § 19.

170) Ventose 11 II und Fructidor 16 II, ferner Code civil art. 135—138, 725, 1039, 1089, 1983.

ein Abwesenheitspfleger bestellt. Dem französischen Rechte ist die Lebensvermutung fremd; der Verschollene gilt stets als eine Person, von der es ungewiss ist, ob sie noch lebt oder schon gestorben ist.

Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

Laut § 12 des ung. Ehegesetzes ist es verboten, vor der Auflösung oder der Ungiltigkeitserklärung der Ehe eine neue Ehe einzugehen. Das gilt selbst dann, wenn die frühere Ehe anfechtbar gewesen und auch angefochten worden ist. Solange die Ungiltigkeit der früheren Ehe durch rechtskräftiges Urteil nicht ausgesprochen ist, ist die vor diesem Urteile eingegangene Ehe ungiltig. Wenn jedoch die frühere Ehe nichtig war, ist die neue giltig. In diesem Falle werden die Parteien — laut § 124 — bestraft, weil sie trotz der Kenntnis eines Ehehindernisses die neue Ehe eingegangen sind. Laut § 21 bildet die bestehende nichtige Ehe vor der Auflösung oder vor der Nichtigkeitserklärung nur ein aufschiebendes Hindernis. Laut § 1309 BGB. darf niemand vor Auflösung oder Nichtigkeitserklärung seiner alten Ehe eine neue Ehe schliessen, und die neue Ehe ist laut § 1326 nichtig, wenn zur Zeit der neuen Eheschliessung einer der Ehegatten mit einem Dritten in giltiger Ehe lebte. So steht das bürgerliche Recht nicht in Einklang mit dem § 171 des deutschen Strafgesetzbuches, das den Tatbestand der Bigamie schon dann für gegeben erklärt, wenn überhaupt eine Ehe besteht, ohne Rücksicht auf deren Giltigkeit. Es bestraft wegen Bigamie auch in dem Falle, dass die erste Ehe nichtig war. Die Nichtigkeit der Ehe wird weder in unserem Recht, noch im deutschen Recht durch den Umstand beseitigt, dass die Parteien die neue Ehe auf Grund einer Todesurkunde, deren Unrichtigkeit sich erst später herausstellt, völlig gutgläubig schlossen. Selbst wenn der frühere Ehegatte inzwischen wirklich gestorben ist, müssen dennoch die Parteien die Eheschliessung wiederholen, doch sind sie nach deutschem Recht nicht gezwungen, ihre frühere Ehe für nichtig erklären zu lassen. Der § 1309 des deutschen BGB. verbietet absolut die Eingehung einer neuen Ehe, bevor die frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist. Es kann vorkommen, dass die neue Ehe giltig ist, dass aber die Parteien, die das Verbot des § 1309 verletzen, bestraft werden. Denn

— wie gesagt — steht der § 171 des deutschen St. G. B. in Gegensatz zu dem § 251 unseres St. G. B. auf einem formellen Standpunkte, d. h. hier lebt jeder in Bigamie, der eine neue Ehe schliesst, bevor die frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist, ebenso der, der mit einer Person eine Ehe schliesst, von der er weiss, dass sie in einer anderen Ehe lebt. Die Strafe ist Zuchthaus bis zu 5 Jahren. Es ist fraglich, ob der Standpunkt unseres Ehegesetzes, das die neue Ehe schützt, wenn die erste nichtig ist, gerechtfertigt ist. Die Sache ex post genommen, ist richtig, aber ich halte es meinerseits für völlig unrichtig, dass die neue Eheschliessung überhaupt möglich ist. Ich sehe nämlich eine Dissonanz zwischen dem § 46, Abs. 1 und § 21 unseres Ehegesetzes. Der I. Absatz des § 46 unseres Ehegesetzes bestimmt, dass die nichtige Ehe vor ihrer Aufhebung nur dann als nichtig gilt, wenn sie vorher in einem Nichtigkeitsprozesse für nichtig erklärt wurde. Zur selben Zeit also bestehen zwei Ehen. Das ist eine im Gesetz sanctionierte Rechtswidrigkeit. Auch im deutschen BGB. besteht diese Dissonanz zwischen § 1326 und § 1329, nämlich die Nichtigkeit der nach den §§ 1325—1328 nichtigen Ehe ist nach dem § 1329 nur durch eine Nichtigkeitsklage geltend zu machen, solange die Ehe nicht aufgelöst oder nicht für nichtig erklärt worden ist; ebenso verhält es sich bei der nach dem § 1324 nichtigen Ehe (welche ohne Beachtung der im § 1317 vorgeschriebenen Formen geschlossen worden ist), wenn die Ehe in das Heiratsregister eingetragen ist; wenn sie nicht eingetragen ist, kann die Nichtigkeit ohne weiteres geltendgemacht werden. Das ist gleichsam ein absoluter Nichtigkeitsgrund, gegenüber den ersten, welche relative sind.

Der Standpunkt unseres Ehegesetzes, das nur die nichtige Ehe, aber nicht auch die anfechtbare Ehe als ein aufschiebendes Hindernis betrachtet, ist aus dem Gesichtspunkt begründet, dass die anfechtbare Ehe an sich noch keine ungiltige ist, sondern selbst im Falle der Anfechtung als giltig zu betrachten ist,[171]) bis zum Zeitpunkt, wo sie im Anfechtungsprozesse für ungiltig erklärt wird. Unrichtig ist der Standpunkt des BGB.,[172]) wonach die Ehe schon mit der Anfechtung, d. h. der Anfechtungs-

---

[171]) § 67, Abs. I.

[172]) § 1343, Abs. I.

klage für nichtig anzusehen ist, während doch in Wirklichkeit erst das Urteil entscheidend ist. Andererseits muss man sich vor Augen halten, dass die Anfechtung — sei sie durch Klage oder Widerklage geltend gemacht — bis zur Auflösung der Ehe zurücknehmbar ist.[173]) Als Gründe für die Auflösung der Ehe sind der Tod, die gerichtliche Scheidung und die nach der Todeserklärung geschlossene neue Ehe in den §§ 73 und 74 unseres Ehegesetzes erwähnt. Das ist auch ein Argument dagegen, dass man die nichtige Ehe zu einem nur aufschiebenden Hindernis macht, d. h. aus ihnen erhellt, dass auch die frühere Ehe noch besteht. Bezüglich der Zurücknahme der Anfechtungsklage ist auch der Standpunkt des BGB. derselbe,[174]) und mit der Zurücknahme der Klage gilt die Anfechtung als nicht geschehen Das deutsche BGB. führt die Gründe der Auflösung nicht besonders an, aber es ist zweifellos, dass die neue Ehe an sich nur im Falle der Todeserklärung auflösende Kraft hat, weil das Gesetz sie ausdrücklich nur auf diesen Fall beschränkt; in anderen Fällen aber besteht selbst die frühere nichtige oder anfechtbare Ehe bis zum rechtskräftigen Urteil oder bis zur Auflösung durch den Tod einer Partei.

Das d. BGB. erwähnt den Tod als Auflösungsgrund nicht. Obwohl sich dies von selbst versteht, schadet doch wegen der Klarheit und der Uebersichtlichkeit die besondere Aufzählung der Auflösungsgründe nicht. Wir finden eine solche im Code civil (a. 227). Mit Rücksicht auf § 1309 des deutschen BGB. und § 45 des Personenstandsgesetzes muss der überlebende Ehegatte den Tod seines Ehegatten vor dem Standesbeamten nachweisen. Das geschieht durch Totenschein; ähnlich auch bei uns hinsichtlich des Verbotes des § 12 des E. G. Der Totenschein wird im Falle der Todeserklärung durch das Todeserklärungsurteil ersetzt.

Auch nach dem deutschen BGB. können also zwei Ehen gleichzeitig bestehen. Denn nach dem § 1326 ist die neue Ehe nur nichtig, wenn einer der Eheleute zur Zeit der Eheschliessung mit einem anderen in einer giltigen Ehe lebte; wenn also die frühere Ehe nichtig oder anfechtbar ist und schon angefochten wurde, ist die zweite Ehe giltig. Von

[173]) § 68, Abs. II.
[174]) S. 1338, 1341, Abs. II.

der absolut nichtigen Ehe (§§ 1317, 1324, 1329) spreche ich nicht, denn sie ist auch keine «nichtige», sondern einfach non existens, diese Ehe wird von dem deutschen BGB. keineswegs honoriert; bei uns macht die Uebertretung des § 39 (Formalitäten) die Ehe stets nur nullum, aber nicht non existens. Bei der anfechtbaren Ehe als bei einem aufschiebenden Hindernisse muss man berücksichtigen, dass die anfechtbare Ehe eine unanfechtbare wird, wenn das Recht der Anfechtung in der Anfechtungsfrist nicht ausgeübt wird.[175]) Gleichfalls ist die anfechtbare Ehe im Falle des nachträglichen Dispens, der Einwilligung oder Genehmigung so zu betrachten, als wenn keine Anfechtbarkeit bestanden hätte (63—66). Das deutsche Recht enthält dieselben Normen.[176]) Die §§ 21, bezw. 12 des ung. E. G. stehen in Einklang mit den übrigen Paragraphen des Gesetzes, da sie auch die anfechtbare Ehe als ein auflösendes Hindernis für die neue Ehe betrachten.

Ferner halte ich den Standpunkt unseres E. G. für richtiger, das nach der einmal aufgelösten oder für nichtig erklärten Ehe den Ehegatten eine andere Ehe einzugehen ohne weiteres erlaubt, und nicht, wie das BGB.,[177]) das Hindernis aufstellt, dass eine gegen das die Ehe trennende oder für nichtig erklärende Urteil innerhalb 5 Jahre erhobene Restitutions- oder Nichtigkeitsklage ein Hindernis der neuen Ehe bildet. Ein solches Hindernis hätte bei uns schon deshalb keinen Sinn gehabt, weil die Eheprozesse ohne Rücksicht auf die Berufung bis zur Curie gehen, vorausgesetzt, dass das Gericht erster oder zweiter Instanz die Ehe für ungiltig erklärte, schied oder auf Trennung von Tisch und Bett erkannte. Soweit die erste Ehe ein auflösendes Hindernis bildet, convalesciert weder im ung., noch im deutschen Recht, auch wenn nach der neuen Eheschliessung die frühere Ehe getrennt wird, oder der frühere Ehegatte stirbt, die neue Ehe, wie es im letzteren Falle nach dem protestantischen Kirchenrecht möglich war, im Gegensatz zum kanonischen Recht, welches treu seiner Auffassung, dass die Ehe ein Sacrament ist, das Prinzip wahrte, dass die Ehe erst durch den physischen Tod des einen Ehe-

[175]) Ung. E. G. § 57.
[176]) §§ 1337—1339.
[177]) § 1309, Abs. II.
[178]) § 1309, Abs. I, Satz II.

gatten aufgehoben wird. Auch der Standpunkt des älteren deutschen Rechtes war derselbe; solange der Tod des Verschollenen nicht zweifellos nachgewiesen wurde, erlaubt es keine neue Eheschliessung und bezüglich der familienrechtlichen Verhältnisse war die Todeserklärung durchaus unwirksam. Zu billigen ist die Anordnung des deutschen BGB.,[178]) dass die Parteien nach der Auflösung der früheren Ehe, wenn sie die neue wiederholen wollen, nicht gezwungen sind, diese vorher für nichtig erklären zu lassen. Es liegt auch kein Grund vor, wenn es sich um dieselben Parteien handelt, die durch sie geschlossene Ehe für nichtig zu erklären. Im ung. Recht — unser E. G. statuiert diese Ausnahme nicht expressis verbis — müssen die Parteien vorher ihre Ehe für nichtig erklären lassen und erst dann können sie die Ehe neu schliessen.

Es wurde erwähnt, dass die auf Grund eines irrtümlichen Totenscheins geschlossene Ehe sowohl im ung., als auch im deutschen Recht unbedingt ungiltig ist,[179]) obwohl die Nachteile, welche für den neuen Ehegatten und für die aus der Ehe geborenen Kinder auftauchen, auch in diesem Falle dieselben sind, welche auch bei der Todeserklärung vorkommen würden, wenn es bewiesen wird, dass der für tot Erklärte lebt, vorausgesetzt, dass keine Abweichung von den allgemeinen Regeln im Falle der Todeserklärung bestände. Aber die Abweichung ist begründet, der Tatbestand ist in beiden Fällen verschieden. Während die neue Ehe im Falle des irrtümlichen Totenscheins auf Grund der Sicherheit des Todes des früheren Ehegatten geschlossen wird, geht man im Falle der Todeserklärung gerade von der Unsicherheit aus, ob der Betreffende lebt, oder nicht. Sonst treten im ersten Falle die Rechtswirkungen der putativen Ehe ein, welche die Nachteile beschränken. Auch das verdient Beachtung, dass der frühere Ehegatte im ersteren Falle in der Regel unschuldig ist.[180]) Die Gesetzgebung muss die Mehrheit der Fälle vor Augen halten und nicht die Ausnahmen.

Die unbedingte Nichtigkeit der zweiten Ehe machte sich im protestantischen Eherecht nicht geltend, da, wenn das Hindernis, das ihr entgegenstand, vor der Aufhebung der zweiten Ehe wegfiel, die zweite Ehe dann in Kraft bleibt, voraus-

---

[179]) §§ 1309, 1326 BGB.; §§ 12, 45 u. E. G.

[180]) Vgl. die Motive des d. BGB. Bd. IV, S. 632.

gesetzt, dass der consensus der Parteien bezüglich der Ehe weiter vorhanden war, was mit dem Prinzipe des «consensus facit nuptias» zusammenhängt. Das deutsche BGB. wollte hauptsächlich um des Einklanges mit § 171 des Strafgesetzbuches willen keine Ausnahme von den allgemeinen Normen statuieren, obwohl Billigkeitsgründe sehr für die Zulassung der Convalescens sprachen.[181]) Obwohl unser Strafgesetzbuch auf materiellem Standpunkte steht, erlaubt unser Ehegesetz doch den Doppelehen gegenüber die Convalescierung der zweiten Ehe nicht.

Unser Ehegesetz und das deutsche BGB. statuieren übereinstimmend mit den modernen Rechten eine Ausnahme von dem Hindernisse der bestehenden Ehe und gestatten im Falle der Todeserklärung die neue Eheschliessung, obwohl die frühere Ehe weder aufgelöst, noch für nichtig erklärt wurde.[182])

Die Erfahrung, dass die Heimkehr des Verschollenen der seltenste Fall ist, befürwortet diese Ausnahme. Der für tot Erklärte ist in der Regel tot, sonst hätte er von sich ein Lebenszeichen gegeben. Der Verschollene ist allerdings der böslichen Verlassung schuldig,[183]) der Zurückgebliebene konnte also aus diesem Grunde auch auf Scheidung der Ehe klagen und wenn er dieses Recht nicht ausübt, so zeigt dieser Umstand seine selbstlose Treue, abgesehen davon, dass — wenigstens in unserem jetzigen Recht — die endgiltig durchgeführte Todeserklärung viel Zeit erfordert.

Auch das französische Recht, das zwar die Institution der Todeserklärung nicht kennt, erlaubt die neue Eheschliessung im Falle der Verschollenheit des einen Ehegatten. Es ist wahr, dass es sich hier um eine gesetzliche Bigamie handelt. Einerseits hört nämlich die Ehe nur durch Tod oder durch Scheidung (Art. 227) auf, andererseits kann die zweite Ehe vor der Aufhebung der ersteren nicht geschlossen werden (Art. 147). Nach Art. 139 sind zur Anfechtung der von dem Ehegatten des Abwesenden geschlossenen neuen Ehe nur der Abwesende oder sein mit einem Ausweis über sein Fortleben versehener Bevollmächtigter berechtigt. Hier werden zwei Ehen nebeneinander bestehen. Die zweite Ehe ist trotz der Hinder-

---

[181]) Motive IV 52, 640.

[182]) Ausnahme aus dem § 12, bezw. 45 unseres E. G. und aus dem §§ 1309, bezw. 1326 des a. BGB.

[183]) § 77 u. E. G., § 1567 d. BGB.

nisse giltig; die daraus hervorgegangenen Kinder sind als eheliche anzusehen, vorausgesetzt den guten Glauben der einen Partei.[184]) Auch in diesen Massregeln des französischen Gesetzbuches tritt der einseitige Schutz des Verschollenen in den Vordergrund. Es erschwert die Eheschliessung, weil es das Gattenrecht, die Treue des Ehegatten, dadurch ihm gegenüber als verletzt betrachtet; es berücksichtigt nur den Verschollenen, aber nicht auch den zurückgebliebenen Ehegatten, da es die Anfechtung dem Verschollenen überlässt, während sowohl das ung. E. G. als auch das deutsche BGB. — wie wir sehen werden — dem Verschollenen, der die Gattentreue in solcher Weise verletzte, dieses Recht entzieht, und die Anfechtung nur den Ehegatten der neuen Ehe gestattet. Das ist wohl billig. Es wäre ungerecht, eine Ehe, die eventuell den Grund eines künftigen Glückes bildet, um einer anderen willen aufzulösen, die in Wirklichkeit eine Reihe von Jahren hindurch nicht bestand. Der Ehegatte ist berechtigt, die frühere Ehe herzustellen, falls er von der Unschuld des Verschollenen überzeugt wird oder ihm verzeiht. Im franz. Recht ist die dem Ehegatten des Verschollenen gewährte Möglichkeit, eine neue Ehe einzugehen, von grösserer Bedeutung, weil die bösliche Verlassung als ein besonderer Scheidungsgrund im franz. Recht unbekannt ist; aber andererseits lässt es zu, die Ehe auf Grund des gegenseitigen Einverständnisses aufzulösen (art. 233). Aus diesem Grunde erlaubt weder das ung. noch das deutsche Recht die Ehescheidung. Das ist mit der Natur der Ehe unvereinbar, von der auch schon das röm. Recht sagt: «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.»[185]) Doch bei gegenseitiger Einwilligung kann man die Scheidung praktisch durchführen; da hilft die bösliche Verlassung. Der Standpunkt Jacobis, den auch Unzer annimmt,[186]) ist irrtümlich: dass wir mit der böslichen Verlassung nicht in jedem Falle der Todeserklärung operieren können, weil die erstere wegfalle, wenn die Umstände den Tod nachweisen würden. Hieraul bemerke ich, dass, wenn der Tod sicher ist, die To-

---

[184]) Art. 201—202; Zachariä C. W. B. II. S. 269 etc. B. III. S. 101, B. 8, 9 T. Deneke S. 125, Bösch 47, Dressel 65.

[185]) 1 D 23. 2; § 1 J. 1. 9; c. 3 C. XXVII qu. 2; c. 11 X II, 23 Tripartitum Prologus. titulus 2, § 4.

[186]) Planck: Bd. IV, S. 77.

deserklärung gegenstandslos sein wird, wenn er aber nur aus den Umständen zu folgern, also nur wahrscheinlich ist, dann sind die Vorbedingungen der böslichen Verlassung vorhanden und es ist auch dieser Scheidungsgrund gegeben. Wenn wir die Vorbedingungen der böslichen Verlassung auch nicht nachweisen können, so ist doch die Schuld des Verschollenen zweifellos, da er von sich kein Lebenszeichen gab. Nach dem ung. E. G. (§ 77) kann auf die Scheidung der Ehe klagen der Ehegatte, der von dem anderen absichtlich und ohne eine gerechte Ursache verlassen wurde, wenn die die Lebensgemeinschaft aufhebende Partei binnen 6 Monaten seit dem Verlassen des Ehegatten durch einen gerichtlichen Beschluss zur Wiederherstellung der Ehe angehalten wurde und diesem gerichtlichen Beschlusse während der gerichtlich vorgeschriebenen Frist nicht nachkam; ferner wenn der Ehegatte, dessen Wohnort seit einem Jahr unbekannt ist, die Ehe in einem Jahre wieder herzustellen durch eine gerichtliche öffentliche Bekanntmachung aufgefordert wurde und er dieser Aufforderung nicht nachkam. Nach dem deutschen BGB. (1567) kann ein Ehegatte auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte ihn böslich verlassen hat; also a) wenn ein Ehegatte, nachdem er zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilt worden ist, 1 Jahr lang in böslicher Absicht diesem Urteile nicht nachkam; b) oder sich ein Jahr lang in böslicher Absicht von der häuslichen Gemeinschaft fern gehalten hat und die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung seit Jahresfrist gegen ihn bestanden haben. In letzterem Falle aber ist die Scheidung ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen für die öffentl. Zustellung am Ende der mündlichen Verhandlung nicht vorhanden sind; in diesem Falle ist eine Klage, die häusliche Gemeinschaft wieder herzustellen, zu erheben. Die Parteien werden diesen Scheidungsgrund geltendmachen, sobald sie eine Gelegenheit zu heiraten haben, die ihnen günstige Aussichten eröffnet. Ich kann mir heutzutage keine Penelope vorstellen, ich glaube nicht, dass die Treue zu ihrem Manne sie zurückhalten würde, einen ihr genehmen Bewerber abzuweisen und wenn auch die Bewerber sie nicht so heftig bestürmen, wie die Gattin des Odysseus, so glaube ich doch nicht, dass diese ihnen so beharrlich ausweichen würde. Aber lassen wir die Philosophie. Die Wohlfahrt, das Interesse des zurückgebliebenen Ehegatten war bei den modernen Rechten ausschlaggebend, als man die

harte Regel des kanonischen Rechtes im Falle der Todeserklärung beseitigte.

Obwohl die Todeserklärung mit voller Wirkung nach deutschem Recht in der Regel auf die Inländer beschränkt ist, genauer gesagt, nur diejenigen nach den deutschen Gesetzen für tot erklärt werden dürfen, welche zur Zeit der Verschollenheit Deutsche sind, so stellt doch das Einführungsgesetz aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme fest.[187]) Die Gattin eines Ausländers, dessen letzte Wohnung im Inlande war, kann, wenn sie nach Deutschland zurückkam, oder auch nicht fortging, nach den deutschen Gesetzen ohne irgend eine Beschränkung die Todeserklärung ihres verschollenen Gatten beantragen, vorausgesetzt, dass sie Deutsche ist, oder bis zu ihrer Verheiratung mit dem Verschollenen gewesen ist. Der Billigkeitsgesichtspunkt befürwortet diese Ausnahme. Nach Abs. I a 17 des Einführungsgesetzes wäre betreffs der Scheidung der Ehe das ausländische Recht massgebend, da ihr Mann ein Ausländer ist, und dadurch wäre die Wiederverheiratung der im Inlande lebenden Gattin eventuell zu schwer geworden. Kraft dieser Ausnahme wird die neue Ehe des Ehegatten des Verschollenen sowohl vom formellen, als auch vom materiellen Standpunkte aus nach den deutschen Gesetzen beurteilt und die §§ 1348 ff finden hier Anwendung.[188])

Nach dem Einführungsgesetz (a. 13. Abs. 3) sind die deutschen Gesetze für die Form der im Inlande zu schliessenden Ehe ausschliesslich massgebend. Dies ist eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass die Form eines Rechtsgeschäfts sich nach den Gesetzen bestimmt, die für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis massgebend sind.[189]) Nach dem ung. E. G. (§ 113) sind, wenn ein Ausländer in Ungarn eine Ehe schliessen will, die Regeln des ung. Gesetzes betreffs des Aufgebotes anzuwenden, zugleich hat der Ausländer nachzuweisen, dass seine Ehe nicht wider die Gesetze seines Vaterlandes verstosse. Doch kann der Justizminister davon Dispens erteilen. Nach unserem E. G. darf der zurückgebliebene Ehegatte im Falle der Todeserklärung nur dann eine neue Ehe eingehen, wenn er gutgläubig ist. Unser Ehegesetz stellt im Fall der To-

[187]) E. G. a. 9. Abs. 3.
[188]) S. Einführungsgesetz a. 13, Abs. 2 und 3.
[189]) E. G. a. 11, Abs. 1.

deserklärung ein auflösendes und ein aufschiebendes Hindernis auf. Beide haben aber andere Voraussetzungen. So liegt ein aufschiebendes Hindernis vor (§ 22), wenn der Ehegatte des für tot Erklärten oder der, mit dem er eine Ehe schliessen will, weiss, oder es nachgewiesen ist, dass der für tot Erklärte den vermuteten Todestag überlebt hat; wenn also diese Umstände nicht vorhanden sind, ist die Eheschliessung frei, aber die Ehe ist gerade nach dem erwähnten Paragraphen auch dann giltig, wenn es den Parteien trotz der angeführten Umstände gelingt, die Ehe zu schliessen, und dieses Wissen der Parteien zieht bloss ihre Bestrafung nach sich. Dagegen hat die Kenntnis einer der Parteien bei der Eheschliessung von dem Fortleben des für tot Erklärten die Nichtigkeit der Ehe zur Folge. Also schadet das spätere Wissen nicht, ebensowenig die Aufhebung der Todeserklärung,[190]) das deutsche BGB. erwähnt diesen Umstand auch ausdrücklich. Unser E. G. erwähnt ihn nicht ausdrücklich, aber er erhellt aus § 74, welcher den guten Glauben nur bei der Eheschliessung fordert. Ein wenig irreführend ist § 54 f) des E. G., wonach die Ehe anfechtbar ist, wenn der für tot erklärte Ehegatte sich nach der Schliessung der neuen Ehe meldet, und die neuen Ehegatten bei der Eheschliessung nicht wussten, dass er am Leben sei. Daraus wäre zu schliessen, — diesen Paragraph allein betrachtet — dass im Falle des Wissens der Parteien die Ehe unanfechtbar wäre, also in Kraft bleiben würde; aber es ist nicht so nach dem § 74 des E. G., weil dieser die Ehe im Falle des Wissens einer Partei ausdrücklich für nichtig erklärt. Nach unserem E. G. (§ 47, Abs. I) können beide Parteien die Nichtigkeitsklage erheben. Das Gesetz macht keinen Unterschied und zieht nicht in Betracht, ob die Partei die Nichtigkeit kannte oder nicht. Unsere Rechtsübung interpretiert diesen Paragraphen auch so.[191]) So ist der Widerspruch zwischen dem § 74 und § 54 f) nur scheinbar, dass nämlich nach § 74 die erste Ehe nicht aufgelöst wird, bezw. die zweite nichtig ist, wenn eine der die neue Ehe schliessenden Parteien bei der Eheschliessung vom Leben des für tot Erklärten Kenntnis hat, andererseits, dass nach § 54 f) die wissende Partei auch kein Anfechtungsrecht hat. Wenn die erste Ehe nichtig war,

---

[190]) § 1348, Abs. II, Satz II.
[191]) S. C. 5552/1902.

steht das Wissen der Giltigkeit der neuen nicht entgegen, weil es sich in diesem Falle nur um ein Zuwiderhandeln gegen das Verbot des § 21 E. G., welches nach dem § 124 E. G. bestraft wird, oder um einen Verstoss gegen § 1309 BGB. handeln kann, welcher die Anwendung des § 171 des St. G. B. nach sich zieht. Es ist also nur scheinbar, dass das Gesetz selbst eine Bigamie ermögliche, was eventuell nicht so hart ist, wenn der für tot Erklärte weit weg ist. Aber sehr ungünstig ist dieses Resultat, wenn der für tot Erklärte heimkehrt und nicht jede Partei die Ehe anfechten kann.

Der § 1348 des deutschen BGB. fordert gleichfalls den guten Glauben der Parteien. Es steht einerseits milder, andererseits strenger der neuen Ehe gegenüber, als unser E. G. Es ist milder, weil nur die Kenntnis beider Parteien die Ehe nichtig macht, strenger, weil die Kenntnis vom Amlebensein des für tot Erklärten zur Nichtigkeit nicht nötig ist, sondern es genügt, wenn beide Parteien wussten, dass der für tot Erklärte auch nach der Todeserklärung lebte. Wir haben aber pro super abundantia zu bemerken, wenn der Verschollene den Zeitpunkt der Todeserklärung auch überlebt hat, aber vor der Eheschliessung seines zurückgebliebenen Ehegatten starb, so schadet der schlechte Glauben der Parteien nichts; die Ehe ist giltig, weil die frühere Ehe schon aufgelöst ist. Es kann sich auch um keine Strafe handeln, weil das deutsche Recht — stehe es der Bigamie gegenüber auf einem noch so formalistischen Standpunkte — nicht strafen kann, wo die strafbare Handlung fehlt. Dass die Partei der Meinung war, sie begehe eine strafbare Handlung, schadet nichts. Bei uns kann die Frage allenfalls nur in der Variation auftauchen, dass die Parteien wussten, dass der Verschollene den vermuteten Todestag überlebt hat, er aber vor ihrer Eheschliessung gestorben ist, dann ist das Verbot des § 22 des E. G. gegenstandslos, von der im § 124 erwähnten Strafe kann selbstverständlich keine Rede sein. Das BGB. behandelt die Kenntnis der Parteien davon, dass der Betreffende den vermuteten Tag des Todes überlebt hat, nicht als Ehehindernis. Im BGB. macht die Kenntnis der einen Partei davon, dass der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat, die Ehe nicht nichtig, aber eventuell wegen Täuschung anfechtbar (§ 1334). Ich sehe zwischen den §§ 1348 und 1350 BGB. eine Dissonanz; das Gesetz erklärt für ein Ehehindernis schon die Kenntnis davon,

dass der für tot Erklärte die Todeserklärung überlebt hat, hingegen hat der Ehegatte Anfechtungsrecht nur dann nicht, wenn er bei der Eheschliessung vom Leben des für tot Erklärten Kenntnis hatte. Zwischen den §§ 74 und 54 f) des ung. E. G. herrscht Einklang in jeder Hinsicht. Im Falle der nichtigen Ehe wird nach dem deutschen und nach dem ungarischen Gesetz auch der für tot Erklärte berechtigt, die Nichtigkeit dieser Ehe geltendzumachen, richtiger: die Nichtigkeitsklage zu erheben, denn nach dem § 47 des ung. E. G. sind zur Anstrengung eines Nichtigkeitsprozesses berechtigt die Ehegatten, der Staatsanwalt und der, welcher nachweist, dass er ein rechtliches Interesse an der Nichtigkeit der Ehe hat. Dies hat der frühere Ehegatte auf Grund der mit ihm früher geschlossenen Ehe, solange diese Ehe nicht aufgelöst worden ist (Punkt A). Gleichfalls gibt die deutsche C. P. O., § 632,[192]) welcher inhaltlich dem § 47 unseres E. G. gleich ist, das Klagerecht dem früheren Ehegatten im Falle des § 1326. Der § 629 der C. P. O. statuiert eine Ausnahme von der absoluten Wirkung des Urteils in einem Nichtigkeitsprozess, wenn dieser seinen Grund im § 1326 des BGB. hatte; es ist bestimmt, dass das abweisende Urteil für den früheren Ehegatten nur wirksam ist, wenn er am Rechtstreit teilgenommen hat; es steht also die Zurückweisung der Nichtigkeitsklage des Staatsanwaltes oder eines Dritten der Erhebung der Nichtigkeitsklage durch den früheren Ehegatten nicht entgegen.

Sowohl im ungarischen als auch im deutschen Rechte hört die Ehe infolge der Todeserklärung eines der Ehegatten nicht ipso iure auf. Die Todeserklärung gibt den Ehegatten bloss das Recht zu einer neuen Eheschliessung. Die neue Ehe ist aus denselben Gründen nichtig oder anfechtbar, wie die übrigen Ehen, nur fällt hier unter die Gründe der Anfechtung auch das noch Amlebensein (BGB. § 1350), bezw. die Heimkehr (Ung. E. G. § 54 f) des für tot Erklärten, wenn wir es überhaupt als einen besonderen Grund, und nicht als einen Irrtum, wie das ungarische Gesetz, betrachten. Dass erst eine neue Ehe des Ehegatten des für tot Erklärten der alten Ehe ein Ende macht, drücken expressis verbis § 74 des ungarischen E. G. und § 1348, Abs. II des deutschen BGB. aus; die Ehe hört nach dem citierten Paragraphen des ungarischen Gesetzes auch dadurch auf,

---

[192]) § 632.

dass einer der Ehegatten nach der Todeserklärung des anderen eine neue Ehe schliesst, oder wie das deutsche BGB. sich ausdrückt (§ 1348 II), die frühere Ehe wird mit der Schliessung der neuen Ehe aufgelöst.

Das deutsche BGB. fügt noch hinzu, dass die Ehe aufgelöst bleibt, selbst wenn die Todeserklärung durch eine Anfechtung aufgehoben wird.[193]) Obwohl unser Gesetz diese Bestimmung nicht enthält, fliesst sie doch aus dem § 54 f) des E. G., der auch im Falle der Heimkehr des für tot Erklärten den neuen Ehegatten die Auflösung ihrer Ehe überlässt. Aehnlich ist § 1350 des BGB., nach welchem den Parteien das Recht zusteht, ihre Ehe anzufechten, wenn sie vom Leben des für tot Erklärten Kenntnis erhalten. Daher halte ich den § 1348, Abs. II, Satz 2 für überflüssig, da er sich aus dem obigen durch argumentum a maiori ad minus ohnedies ergibt. Das Gesetz darf nicht mehr als nötig sagen, weil es damit nach dem Prinzip lex superflua non loquitur irrtümlichen Folgerungen die Türe öffnet. Bei der Todeserklärung kann der Streit nicht auftauchen, der im Falle der Aufhebung des die Ehe auflösenden Urteils hinsichtlich der Giltigkeit der zweiten Ehe aufgetaucht ist. Zweifellos hat Hellwig gegenüber der herrschenden Meinung recht. Nach ihm bleibt die zweite Ehe, welche die geschiedene Partei nach dem Scheidungsurteil geschlossen hat, giltig, weil die Unwirksamkeit des Urteils zwar die frühere Ehe wieder herstellt, aber nur derart, dass sie die inzwischen erworbenen Rechte Dritter, welche auf dem Scheidungsurteil basieren, nicht berührt. So werden die nach dem Scheidungsurteile geborenen Kinder, wenn das Urteil auch ausser Kraft gesetzt wird, nicht als eheliche Kinder vermutet.[194])

Sowohl das deutsche als auch das ungarische Gesetz enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, dass der zurückgebliebene Ehegatte im Falle der Todeserklärung eine neue Ehe schliessen darf. Der Hinweis des § 12, Abs. 2 unseres E. G. auf die §§ 73 und 74 enthält noch keine Erlaubnis für die neue Eheschliessung im Falle der Todeserklärung,[195]) sondern beide Paragraphen

---

[193]) S. noch §§ 957 II und 973 der deutsch. C. P. O.

[194]) S. Deutsch. Juristen-Zeitung 1904 Nr. 18, S. 834. Dageg. Kohler Zeitschrift für Civilprocess B. 33, S. 226. Antwort v. Hellwig D. J. Z. 1904, Nr. 22, S. 1074.

[195]) Vgl. Grosschmid c. W., S. 321—322.

behandeln nur die Giltigkeit der zweiten Ehe. Im Falle der Todeserklärung ist die Vermutung massgebend, dass der für tot Erklärte nicht den Tag überlebt hat, der als Tag des Todes gilt. Diese Vermutung ist von Bedeutung, wenn die neue Eheschliessung auf Grund des § 12 angefochten ist; die die Ehe eingehenden Parteien wussten vielleicht nichts von der Todeserklärung, aber wenn sie nach dieser ihre Ehe geschlossen haben, dann bleibt — praemissis praemittendis — ihre Ehe wirksam; sie werden nicht einmal bestraft. Diese Vermutung ist auch nichts anderes, als andere Vermutungen, ein das gerichtliche Ermessen betreffs der Beweisführung ausschliessender Befehl, wonach der Richter den erwähnten Umstand als Wahrheit annehmen muss, solange das Entgegengesetzte nicht nachgewiesen wird. Selbst der Hinweis auf § 74 zeigt, dass es sich hier um die Giltigkeit der zweiten Ehe und nicht um die Erlaubnis zur Eingehung der neuen handelt. Der schon dargestellte Inhalt des § 74 ist, dass die Ehe auch dadurch aufgelöst wird, dass der eine Ehegatte nach der Todeserklärung des anderen eine neue Ehe schliesst, ausgenommen, dass eine der die neue Ehe schliessenden Parteien zur Zeit der Schliessung wusste, dass der für tot Erklärte lebe, oder wenn die neue Ehe aus anderen Gründen nichtig ist. Die §§ 73 und 74 würden das im § 12 enthaltene aufschiebende Ehehindernis noch nicht beseitigen, welches erst durch § 22 des E. G. — argumentum e contrario — beseitigt wird, d. h. wenn der im § 22 enthaltene Tatbestand nicht vorhanden ist, gibt es auch kein aufschiebendes Hindernis, ist die Eheschliessung frei. Nur der § 22 schliesst den § 122 des E. G. aus, welcher den Standesbeamten, wenn er die Eheschliessung der Parteien gegen ein ihm zur Kenntnis gekommenes aufschiebendes Ehehindernis vornimmt, mit Amtsverlust und Gefängnis bis zu sechs Monaten straft, im Falle der Fahrlässigkeit jedoch nur mit einer Geldstrafe von höchstens 1000 Kronen, im Falle der Wiederholung auch mit Amtsverlust. § 124 d. E. G. ist gleichfalls nicht anwendbar, vorausgesetzt, dass der im § 22 enthaltene Tatbestand nicht vorliegt; § 124 bestimmt, dass die Parteien, die wissentlich gegen ein Hindernis eine Ehe schliessen, mit Gefängnis von höchstens drei Monaten und mit einer Geldstrafe von höchstens 1000 Kronen bestraft werden sollen, soweit ihre Handlung keine schwerere Straftat bildet. Ich würde das für richtig halten, wenn die Freiheit der

Eheschliessung zum Ausdruck käme, wie es im Gesetzentwurfe Grosschmids geschah. Auch das deutsche BGB. erlaubt im Falle der Todeserklärung die neue Ehe nicht ausdrücklich, obwohl es einen ganzen Titel dafür opfert.[196]) Aber die Freiheit der Eheschliessung folgt e contrario aus § 1349. Dieser bildet den ges. Grund für die Zulassung der neuen Ehe und nicht der § 1348. Der § 1348 beschäftigt sich nur mit der Giltigkeit der zweiten Ehe, findet also erst ex post Anwendung, er statuierte nur eine Ausnahme aus § 1326, resp. § 1309; aber der § 1309 stellt nicht nur ein auflösendes, sondern auch ein aufschiebendes Hindernis auf. § 171 des St. G. B., welcher von der Giltigkeit der ersten Ehe absieht und nur diesen formellen Standpunkt einnimmt, dass die frühere Ehe noch nicht aufgelöst oder für ungiltig erklärt ist, würde durch § 1348 noch nicht ausgeschlossen; er würde bloss die giltige erste Ehe in ein nur aufschiebendes Hindernis verwandeln. Obwohl ich an der Absicht des Gesetzes nicht zweifle, beseitigt doch der § 1349 das aufschiebende Ehehindernis nur per argumentum e contrario. Wir müssen diesen Standpunkt annehmen, weil die Parteien und der Standesbeamte widrigenfalls auf die Vermutung des § 18 angewiesen wären, d. h. hier würde die Vermutung, die nur ein Befehl betreffs der Beweisführung für den Richter ist, ins aussergerichtliche Verfahren hineingebracht. Somit würde hier die Zulässigkeit der nach Todeserklärung geschlossenen Ehe durch eine Gegenbeweisführung ein Gegengewicht erhalten, das wäre die Verkennung der Vermutung. Der erste Entwurf hat ausdrücklich den Standpunkt eingenommen (§ 1238, Absatz 1: «Ist einer der Ehegatten für tot erklärt, so gilt die Vermutung, dass derselbe den Zeitpunkt der Erlassung der Todeserklärung nicht überlebt hat, auch in Ansehung der Ehe.») Aber was würde das bedeuten? doch auch die Vermutung der Aufhebung der Ehe. Wenn wir den § 18 zugrunde legen, wäre die Ehe also als aufgelöst zu betrachten; was soll dann aber § 1348, Abs. II? Also kann die zweite Ehe sich auf § 18 nicht stützen. Hier muss man eine neue Erlaubnis einholen.

In Bezug auf § 73 II unseres E. G. haben wir zu bemerken, dass der Paragraph noch keinen Beweis dafür liefert, dass der Verschollene bis zu dem im Ur-

[196]) IV. Buch, Abschnitt I, Titel IV, 1348—1352.

teile bestimmten Tag gelebt habe, sondern nur eine Vermutung, dass er danach nicht mehr lebte. In unserem bestehenden Rechte ist — wie wir unten sehen werden — die Vermutung von Leben und Tod unbekannt, wenn auch eine noch so lange Zeit seit der Geburt des Betreffenden verstrichen ist;[197]) die Vermutung vom Tode gewinnt die Wirksamkeit erst mit der Todeserklärung, deren Zeitpunkt durch § 90 des G.-A. 59 vom Jahre 1881 bestimmt ist, welcher zugleich ausdrückt, dass die Todeserklärung den Beweis nicht ausschliesst, dass der Verschollene früher oder später gestorben oder noch am Leben sei. Die im § 73 geregelte Vermutung ist hinsichtlich der Wirkung der Todeserklärung nur von retrospektiver Bedeutung, nämlich — wie ich erwähnt habe — wenn der zurückgebliebene Ehegatte eine Ehe einging, so greift ohne Rücksicht darauf, ob er die Todeserklärung kannte oder nicht, die im § 73, Abs. II erwähnte Vermutung Platz. Auf die Vermutung des Todes kann man sich incidenter nicht berufen. Sie hat erst Wirksamkeit, wenn sie durch ein gerichtliches Urteil ausgelöst wird. Unser E. G. widmet der neuen Eheschliessung im Falle der Todeserklärung keinen eigenen Titel, sondern regelt die zusammenhängenden Fragen an verschiedenen Stellen, der § 22 enthält die Voraussetzung des aufschiebenden Ehehindernisses, der § 74 die Voraussetzungen der Aufhebung der ersten Ehe, § 54 f) die der Anfechtung, ausserdem § 61 c), § 73 usw. Meines Erachtens ist die Technik des deutschen Gesetzes richtiger, welche — wenn sie auch nicht alle die Todeserklärung betreffenden Regeln zusammenfasst — doch die auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis sich beziehenden Regeln zusammenfasst. Und dadurch werden etwaige Missverständnisse verhindert. Das ungarische und das deutsche Recht haben darin den gleichen Standpunkt, dass das Leben des für tot Erklärten an sich der Giltigkeit der neuen Ehe nicht entgegensteht. Sonst würde die Erlaubnis betreffs der Eheschliessung illusorisch, weil dies nicht den zurückgebliebenen Ehegatten von der Wiederverheiratung zurückhalten würde, wohl aber dritte Personen, welche mit dem Ehegatten des Verschollenen eine Ehe einzugehen beabsichtigen. Sowohl nach ungarischem, als auch nach deutschem Rechte ist der für tot Erklärte trotz der Todeserklärung nicht berechtigt, eine neue Ehe zu schliessen,

[197]) S. Dt. U. F. XVII, S. 31.

solange eine frühere Ehe durch eine neue Ehe, den Tod oder die Scheidung seines zurückgebliebenen Ehegatten nicht aufhört. Die §§ 74 des ungarischen E. G. und 1348 des BGB. geben eine die Ehe aufhebende Kraft nur der neuen Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten, nur dessen Interesse erforderte es, hier den Tatbestand der Bigamie nicht anzunehmen. Wenn der Verschollene eine neue Ehe eingeht, ist seine Ehe nach § 45 des ung. E. G., bezw. § 1326 des BGB. nichtig. Die Ehe convalesciert auch nicht dadurch, dass seine frühere Ehe später aufhört. § 1348 Abs. I des deutschen BGB. erwähnt ausdrücklich, dass das Leben des für tot Erklärten die zweite Ehe nicht nichtig macht, es sei denn, dass beide Parteien zur Zeit der Eheschliessung wussten, dass der Betreffende auch nach der Todeserklärung noch lebte. Bei uns ist das nicht besonders ausgedrückt, aber es folgt aus §§ 54 f) und 74. Das aufschiebende Ehehindernis des § 22 unseres E. G. kennt das BGB. nicht. Das ist, wie gesagt, sehr richtig. Für die Feststellung des bösen Glaubens kann es allein massgebend sein, ob die Parteien wissen, dass der Verschollene zur Zeit ihrer Eheschliessung lebe. Deshalb ist nur die Kenntnis davon als Hindernis aufzustellen. Daraus, dass der für tot Erklärte im vermuteten Zeitpunkt des Todes, bezw. später noch lebte, folgt noch nicht, dass er auch zur Zeit der Eheschliessung gelebt habe. Aber andererseits kann der Ehegatte des Verschollenen sicher wissen, dass der für tot Erklärte den vermuteten Zeitpunkt des Todes überlebt hat und gleichfalls, dass er nachher gestorben ist, nur will er es nicht bekannt geben. Es mag sein, dass er irgend ein Interesse daran hat, dass der Zeitpunkt massgebend sei, welcher für andere eventuell schädlich sein kann. Ich halte die Regelung des BGB. nicht für richtig, dass der Giltigkeit der zweiten Ehe nur die Bösgläubigkeit beider Parteien entgegensteht. Ich halte unsere Regelung für richtiger, nach der der böse Glauben einer Partei die Ehe schon nichtig macht. Der gute Glauben der anderen Partei ist kein Grund, die Ehe aufrecht zu erhalten und dadurch eine Ausnahme von den Grundprinzipien des Eherechts zu statuieren. Das Gesetz berücksichtigt auch in anderen Fällen den guten Glauben der einen Partei, die von dem Nichtigkeitsgrund nichts wusste, in Ansehung der Giltigkeit der Ehe nicht. Man kann doch gesetzlich verfahren, wenn der Ehegatte des Verschollenen oder die andere

Partei von dem Leben weiss. Der Ehegatte des für tot Erklärten ist im Stande, seine frühere Ehe wegen böswilliger Verlassung aufzulösen (§ 1567); und man braucht keine Disharmonie ins Ehegesetz einzuführen und zu bestimmen, dass in diesem Falle nur die Kenntnis beider Parteien als Nichtigkeitsgrund anzusehen ist.

Unrichtig drückt sich Endemann aus, wenn er sagt, dass im Falle der Todeserklärung mit der neuen Eheschliessung aus der Vermutung die Fiction des Todes wird.[198]) Die Vermutung bleibt nämlich auch weiter Vermutung und zwar eine praesumptio iuris, welche den Gegenbeweis zulässt, und dieser hat in vermögensrechtlicher Hinsicht auch volle Wirkung. Wenn wir sehr genau unterscheiden wollen, kann es sich infolge der neuen Eheschliessung um eine praesumptio iuris et de iure handeln. Es unterscheidet sich nämlich praesumptio iuris et de iure von der fictio, obwohl dies keine praktische Bedeutung hat. Der Unterschied liegt darin, dass ich bei der fictio sicher weiss, dass der Gegenstand der fictio nicht derjenige ist, den wir annehmen. Sie ist die einfache Erweiterung einer Regel auf einen anderen Fall, während wir bei der praesumptio iuris et de iure von dem Entgegengesetzten überzeugt sind, obwohl wir nicht sicher wissen, ob es wahr ist, was das Gesetz als Wahrheit betrachtet, aber eine der Wahrheit naheliegende Wahrscheinlichkeit spricht dafür. Zum Beispiel § 67 Abs. II uns. E. G. ist eine fictio. Hiernach ist die anfechtbare Ehe im Falle ihrer Anfechtung nach ihrer Auflösung oder Ungiltigkeitserklärung so zu betrachten, als wäre sie nicht geschlossen, oder § 1343 I des BGB., nach welchem die angefochtene anfechtbare Ehe von Anfang an als nichtig anzusehen ist. Hier ist der Fall offenbar anders, als wir ihn nehmen. Für praesumptio iuris et de iure ist ein Beispiel § 61 des ung. Gesetzes über die Enteignung (G.-A. XLI vom Jahre 1881), nämlich wenn der Eigentümer des Grundstückes sechs Monate nach der Feststellung der Entschädigungssumme die Vollstreckung wegen der Auszahlung oder Verwahrung der Summe nicht erbittet und die Unternehmer während derselben Zeit weder das Grundstück in Besitz nehmen, noch die betreffende Summe bei dem zuständigen Gericht zur Verwahrung hinterlegen oder bezahlen, ist es so anzusehen, als

---

[198]) B. III, S. 680, Anm. 8.

wären beide Parteien zurückgetreten. § 496 S. 2 des BGB. (Kauf auf Probe.) Wenn die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder Besichtigung übergeben war, gilt sein Schweigen als Billigung. So schon § 360 des ung. Handelsgesetzes und § 1471 Abs. I des Entwurfes des allg. ung. bürg. Gesetzbuches. Hier wissen wir offenbar nicht, ob es wahr ist, was das Gesetz dafür ansieht, obwohl die Wahrscheinlichkeit dafür spricht.

Aber fahren wir mit unserer Frage fort. Dass erst die Eingehung einer neuen Ehe die alte Ehe aufhebt, ist für den für tot Erklärten insofern wichtig, als er erst dadurch ein Recht gewinnt, eine neue Ehe zu schliessen. Seine vorher geschlossene neue Ehe ist nichtig. Ausserdem wird er wegen Bigamie bestraft, und zwar sowohl nach § 251 des ung., als § 171 des deutschen St. G. B., weil er trotz einer bestehenden Ehe eine neue Ehe eingeht. Das ung. und das deutsche Strafgesetz behandeln diese Frage verschieden. Während das ungarische auf materiellem Standpunkt stehende St. G. B. nur dann straft, wenn die erste Eheschliessung giltig ist, straft das deutsche unbedingt. Es ist aber selbstverständlich, dass die Strafe den dolus voraussetzt. Auf die subjective Kenntnis kommt es von dem Gesichtspunkte der Giltigkeit der Ehe nicht an, sondern nur auf den objectiven Tatbestand. Selbst die Aufhebung der Todeserklärung berührt die Giltigkeit der geschlossenen Ehen nicht; im deutschen Rechte ist die neue Ehe auf Grund des Lebens des Verschollenen anfechtbar. Nach dem ung. Gesetze genügt das Leben des Verschollenen nicht zur Anfechtung der Ehe, es ist vielmehr die Heimkehr des Verschollenen nötig. Auch nach dem deutschen BGB. ist das Leben des Verschollenen zur Zeit der Klage nötig, er muss meines Erachtens sogar solange leben, bis das Urteil rechtskräftig wird, damit die neue Ehe aufgelöst werde. Die Anfechtung ist nach den beiden Rechten ausgeschlossen, wenn die Partei Kenntnis vom Leben des Verschollenen zur Zeit der Eheschliessung hatte. Sowohl die im ung. § 54 f) enthaltene Anfechtungsklage, als die im § 1350 des deutschen BGB. richten sich nach den Regeln, die für die sonstigen Anfechtungsklagen anzuwenden sind, nämlich §§ 51—55 des ung. E. G., bezw. §§ 1331—1335 des BGB. Dies folgt daraus, dass beide Paragraphen ausdrücklich von Anfechtungsklage sprechen; das ung. E. G. führt sie auch un-

ter diesen an; das deutsche BGB. (1330) identifiziert den § 1350 ausdrücklich mit den §§ 1331—1335.

Wir bemerken aber, dass die §§ 1336—1347 des BGB., bezw. 56—72 des ungarischen E. G. im Falle der Klage infolge des Lebens, bezw. der Heimkehr des für tot Erklärten nicht im gleichen Masse Anwendung finden, wie bei anderen Anfechtungsklagen, sondern nur soweit sich nicht aus den §§ 1350—1352 des BGB., bezw. aus dem § 54 f) des ung. E. G. oder speziell aus einem besonderen Paragraphen oder aus der Natur der Todeserklärung etwas anderes ergibt. Besonders sind die Rechtswirkungen und die Massregeln der Geltendmachung im Falle dieser Anfechtung und anderer anfechtbarer Ehen gleich. So finden auch hier Anwendung die §§ 1336 Abs. I und Abs. II Satz 1, 1337 Abs. III, 1339 Abs. III, 1340, 1341 1343—1345, 1347 des BGB., die §§ 69, 65, 60, 68, 67, 133 des ung. E. G. Dagegen wird § 1337 Abs. I und II durch § 1350 Abs. II, § 1339 Abs. II durch § 1350 Abs. I Satz 2 ersetzt. Bei uns wird das Anfechtungsrecht durch § 56 c) geregelt. Im BGB. ist der Anfangstermin der Anfechtungsfrist viel unbestimmter, als in unserem E. G. Dort entscheidet die Kenntnis vom Leben, bei uns die Kenntnis von der Heimkehr. Der Beweis der letzteren ist zweifellos sicherer. Selbstverständlich dürfen wir nicht alle Gerüchte als Kenntnis annehmen. Es ist immer eine der schwierigsten Fragen, zu bestimmen, wann die anfechtende Partei Kenntnis erlangt hat. Die Beweislast trifft selbstverständlich denjenigen, der behauptet, die Frist sei schon abgelaufen. Besonders anzuführen ist, wann die Anfechtung in unserem Falle nicht Platz greift, weil dieser Fall von den sonstigen Fällen der Anfechtung abweicht, richtiger gesagt, die von §§ 63—65 des E. G., bezw. 1337 des BGB. aufgestellten Voraussetzungen sind hier gegenstandslos. Im Falle der Todeserklärung greift die Anfechtungsklage infolge des Lebens, bezw. der Heimkehr des Verschollenen nicht Platz, wenn die neue Ehe aufgelöst wurde. In den übrigen Anfechtungsfällen steht der Tod der zur Anfechtung nicht berechtigten Partei der Anfechtung nicht entgegen. So ausdrücklich § 1338 des BGB. Bei uns geschieht die Anfechtung in solchen Fällen durch eine Anmeldung beim Gericht.[199]) Diese Ausnahme aufzustellen ist auch zweckmässig, weil die Anfech-

---

[199]) E. G. §§ 66 und 68; BGB. §§ 1338 und 1342.

tungsklage hier ziellos ist, während in anderen Fällen wichtige Gründe vorhanden sein können; ich weise bloss auf die vermögensrechtlichen Gesichtspunkte hin. Die Beweisführung obliegt dem, welcher das Recht des Anfechtenden in Abrede stellt. Auch in unserem Falle finden die §§ 67—68 E. G., bezw. 1341—1343 des BGB. entsprechende Anwendung, u. zw. betreffs der Art und der Rechtswirkungen der Anfechtung. In letzterer Hinsicht weichen die beiden Rechte von einander ab, wie ich an einer anderen Stelle meiner Arbeit ausführen werde. Hier darf die neue Ehe immer nur mit einer Anfechtungsklage angefochten werden. Die Anfechtung durch eine Anmeldung kommt nicht in Betracht (§ 68 des ungarischen E. G., § 1341 des BGB.), weil die Anfechtung auf Grund des § 61 c) unseres E. G. nicht Platz greift, wenn der für tot Erklärte gestorben ist, oder die neue Ehe aufgelöst wurde. Eine gleiche Massregel enthält § 1350 II. Es ist zu bemerken, dass die die Anfechtungsklage ausschliessenden Gründe auch von Amtswegen zu beachten sind. Sowohl im ungarischen als im deutschen Eheverfahren ist das Verfügungs- und Verhandlungsprinzip beschränkt und gewinnt das Prinzip der Officialität eine immer grössere Herrschaft. Das steht im Einklang mit dem materiellen Recht, welches vom Gesichtspunkte des allgemeinen Interesses aus das Verfügungsrecht der Parteien sehr beschränkt. Das Officialitätsprinzip in Nichtigkeitsprozessen gilt in vollem Masse, weil das öffentliche Interesse hier auch die Feststellung des Nichtbestehens der Ehe fordert. Dagegen findet es in Anfechtungs- und Scheidungsprozessen nur in favorem matrimonii Anwendung. Hier fordert das allgemeine Interesse die Aufrechterhaltung der Ehe. Das ist auch der Standpunkt unseres geltenden Rechtes. Die Institution des Verteidigers der Ehe dient in unserem Rechte auch diesem Zweck. § 673 unseres Prozessordnungsentwurfes enthält diese Prinzipien ausdrücklich. Er sagt: Das Gericht zieht in Eheanfechtungs-, Scheidungs- und Trennungsprozessen diese Tatsachen und Beweise nur im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe in Betracht (§ 673 II). Ebenso normiert die deutsche Prozessordnung (§ 622). «Zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe kann das Gericht Tatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amtswegen anordnen.»

Da erwähne ich, dass § 133 des ung. E. G. — abgesehen

von seiner vollkommeneren Formulierung — richtiger ist als § 1344 des BGB., da er die Verteidigung eines gutgläubigen Dritten vollkommener gestaltet; § 133 bestimmt: «Zu Gunsten derjenigen gutgläubigen Dritten, welche mit den in ungiltiger Ehe lebenden Ehegatten bis zur Ungiltigkeitserklärung der Ehe Rechtsgeschäfte geschlossen haben, hat die ungiltige Ehe die Rechtswirkung der giltigen Ehe.» Er stellt also nicht die Beschränkung des § 1344 II des BGB. auf, dass die Einrede der Nichtigkeit der Ehe mit Erfolg erhoben werden kann, wenn die Nichtigkeit auf Formmangel beruht und die Ehe ins Heiratsregister nicht eingetragen ist. Hier taucht die Frage auf, ob der Dritte als gutgläubig anzusehen ist, wenn er weiss, dass der für tot Erklärte zur Zeit der Eheschliessung seines Ehegatten lebte, oder die Geltendmachung der Einrede der Nichtigkeit die Kenntnis vom Leben zur Zeit der Anfechtung der neuen Ehe fordert. Ich bin der Meinung, dass die Kenntnis der Dritten von dem Leben des für tot Erklärten zur Zeit der Eheschliessung seines zurückgebliebenen Ehegatten zur Begründung seiner Bösgläubigkeit noch nicht genügend ist, und zwar aus dem Grunde, weil die anfechtende Partei die neue Ehe wegen des Lebens des für tot Erklärten nicht anfechten kann, wenn auch sie bei der Eheschliessung davon Kenntnis hatte. Aber andererseits fordert § 1350 das Leben des Verschollenen zur Zeit der Anfechtung zur Geltendmachung des Anfechtungsrechts. Ein Zweifel kann nur dann entstehen, wenn die neue Ehe angefochten wurde. Der Beweis des schlechten Glaubens der dritten Person belastet den, der ihn behauptet. Meine Ansicht ist die, dass, wenn die dritte Person beim Abschluss des Rechtsgeschäftes weiss, dass der für tot Erklärte lebt, dann gegen sie die Einrede des § 1344 mit Erfolg erhoben werden kann, vorausgesetzt, dass die neue Ehe angefochten wurde.[200]) Bei uns erfordert die Anfechtung die Rückkehr, also kommen diese Schwierigkeiten nicht vor.

Ich werfe die Frage auf, was dann geschieht, wenn der für tot Erklärte zurückkehrt, bezw. im deutschen Recht die Ehegatten erfahren, dass er noch lebt, der für tot Erklärte

---

[200]) Entgegengesetzt Planck IV 77, nach dem schon das Wissen genügt, dass der Verschollene bei der Wiederverheiratung lebte; nach Neumann kann es zweifelhaft sein, ob der Dritte diesen Umstand kennen muss, dass die Anfechtung ausschliessende Gründe nicht vorhanden sind.

aber schon eine neue giltige Ehe geschlossen hat oder seine ungiltige Ehe noch nicht für ungiltig erklärt ist. Wenn es auch unter den heutigen Umständen ausgeschlossen ist, dass jemand, wenn er am Leben ist, kein Lebenszeichen von sich geben kann, kann es vorkommen, dass jemand absichtlich kein Lebenszeichen von sich gibt, um vor seinen Verfolgern zu fliehen oder sich von den Verpflichtungen gegenüber seinen Kindern und zurückgelassenen Ehegatten zu befreien, da er sich vielleicht schon einen neuen Familienherd in der Fremde gegründet hat, aber trotzdem plötzlich nach Hause kommt, vielleicht weil ihn eine ihm zugefallene Erbschaft oder die Sehnsucht nach der Heimat lockt, oder der Vater, Gatte in ihm erwacht. Vollkommen ausgeschlossen ist übrigens heute auch nicht, was so schön Tennysons Enoch Arden darstellt, dass der verschollene für tot erklärte schiffbrüchige Schiffer zurückkehrt und seine verlassene Frau in eines anderen Armen als glückliche Gattin wiederfindet. Ebenso beschreibt den Konflikt infolge Rückkehr eines für tot Erklärten, wenn die zurückgebliebene Gattin sich wiederverheiratet, Guy de Maupassant in einer seiner Erzählungen und Houwald in einem seiner Dramen. Der Zurückgekehrte schwankt, ob er aus diesem friedlichen neuen Glücke seine Gattin aufscheuchen solle. Das beliebteste und passendste Thema ist der Seefahrer, der für verloren galt und zurückkehrt. Wir fragen, ob der zurückgebliebene Ehegatte berechtigt ist, seine neue Ehe anzufechten, wenn sein für tot erklärter Gatte unter den erwähnten Umständen zurückgekehrt ist. Meiner Meinung nach nicht, hier müssen wir extensive Interpretation anwenden, d. h. nur dann sind die neuen Ehegatten berechtigt nach § 54 f), bezw. 1350 die neue Ehe anzufechten, wenn der für tot Erklärte in keinen Ehebanden mehr ist oder überhaupt nicht war. Ich bemerke, dass hier § 47 c) E. G. und nicht der Punkt a) zur Anwendung käme, das heisst, dass der zurückgebliebene Gatte, der sich wieder verheiratet hat, gegen die nichtige Ehe des für tot Erklärten nur als rechtlich Interessierter Klage erheben kann, aber nicht als ein solcher, dessen frühere Ehe noch nicht aufgelöst wurde. In gleicher Weise kann der Ehegatte nach der deutschen C. P. O. Abs. 1, S. 2, § 632 die Nichtigkeitsklage erheben, d. h. wenn für ihn von der Nichtigkeit der Ehe ein Recht abhängt. Die Absicht des Gesetzgebers war es, dass die neue Ehe anfechtbar sei aus

den ethischen Gesichtspunkten, dass die Frau zu ihrem früheren Mann zurückkehren kann. Wenn dieses aber aus irgendwelchem Grunde unmöglich ist, so findet die Anfechtung nicht statt.

Es entsteht jetzt die Frage, ob der für tot Erklärte und seine Gattin eine neue Ehe eingehen müssen; das ist eben in unserem Falle wichtig. Meiner Meinung nach ja, weil sowohl das ung. als das deutsche Gesetz die Anfechtung der Ehe von den neuen Ehegatten abhängig macht, der für tot Erklärte aber zur Anfechtung nicht berechtigt ist. Das beweist also, dass die frühere Ehe aufgehört hat und nicht mit der Rückkehr des für tot Erklärten, bezw. mit der Kenntnisnahme von seinem Leben wiederauflebt, weil sonst die neue Ehe ipso iure wirkungslos würde und ihr Bestand nicht von den Parteien abhängig gemacht würde. Das deutsche BGB. § 1350 II gestattet, wenn der zur Anfechtung berechtigte Gatte die neue Ehe bestätigt, nachdem er von dem Leben des für tot erklärten Ehegatten Kenntnis erlangt hat, die Anfechtung nicht. Der Standpunkt unseres Ehegesetzes ist derselbe. So sagt § 62, dass, wenn die Ehe innerhalb der Anfechtungsfrist oder vor den im § 61 bezeichneten Zeitpunkten nicht angefochten wurde, wie auch in den Fällen der nachträglichen Befreiung, Einwilligung, Bestätigung, die Anfechtbarkeit der Ehe so betrachtet werden muss, als wenn sie nie vorhanden gewesen wäre. Die Wirksamkeit der Genehmigung verlangt, dass sie erklärt werden soll, nachdem die Anfechtungsfrist schon ihren Anfang genommen hat. Uebrigens steht der im § 1350 des deutschen BGB. erwähnte Grundsatz im Zusammenhang mit den allgemeinen Grundsätzen, bezw. mit § 1337, der gleichfalls die Anfechtung ausschliesst, wenn der berechtigte Ehegatte die Ehe bestätigt. Ueberflüssig erscheint die Vorschrift des § 1350, dass die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn einer der Ehegatten der neuen Ehe gestorben ist; es scheint, als ob sich das von selbst versteht, weil die Ehe alsdann aufgehört hat. Das ist aber nur Schein. Nach § 1338 des deutschen BGB. ist die Anfechtung der Ehe nach der Auflösung ausgeschlossen, ausgenommen, wenn die Auflösung durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Gatten herbeigeführt ist, in welchem Falle die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht geschieht. Wenn also der Gesetzgeber wollte, dass die neue Ehe unanfechtbar sei, wenn sie auch

infolge des Todes eines der Ehegatten aufgelöst ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Verstorbene zur Anfechtung berechtigt war oder nicht, so musste er das ausdrücklich verfügen. Eine ähnliche Verfügung ist in unserem Ehegesetz § 61 c), der gleichfalls im Falle der Auflösung der neuen Ehe die Anfechtung auf Grund 54 f) ausschliesst. Auch bei uns kann man nach dem Tode des Nichtberechtigten die Ehe anfechten, nur dass die Anfechtung durch Erklärung an das Gericht erfolgt.[201]) Diese Ausnahme ist meiner Meinung nach richtig; schliesslich sind beide Parteien hier gutgläubig, der schlechte Glaube der möglicherweise schlechtgläubigen Partei ist auch nicht als solcher schlechter Glaube anzusehen, wie in den anderen Anfechtungsfällen. Uebrigens ist auch der Beweis dieses schlechten Glaubens in den meisten Fällen unmöglich.

Es lohnt sich nicht, die Sache hier zu komplizieren, weil nur in einzelnen Fällen der Beweis gelingt. Uebrigens entfällt hier auch der Anfechtungsgrund. Weder ein religiöser, noch ethischer Gesichtspunkt, der die Anfechtung begründet, kommt hier in Frage. Im ung. wie im deutschen Recht ist es Regel, dass die Nichtigkeit der zweiten Ehe, welche im Wege der Klage angefochten worden ist, solange sie nicht für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nicht anderweitig geltendgemacht werden kann.[202]) Der für tot Erklärte hat kein Anfechtungsrecht, wie oben erwähnt; dies ist auch begründet, obwohl die alten Gesetzgeber ihm das Recht gaben (Mot. IV 644). Infolge der neuen Ehe sind die moralischen und religiösen Konflikte des lebenden, bezw. rückkehrenden Gatten von geringerer Tragweite als die Unannehmlichkeiten und Schwierigkeiten, die den neuen Gatten und die aus der neuen Ehe stammenden Kinder eben infolge des Anfechtungsrechtes treffen. Schliesslich hat ja er die Lage verursacht, möge er den Schaden seiner Pflichtverletzung tragen. Bei der Gewährung des Anfechtungsrechtes an die neuen Ehegatten sind die Verfasser des deutschen BGB. von der Vermeidung des Konfliktes mit dem canonischen Recht ausgegangen,[203]) nach welchem die erste Ehe besteht, solange die Möglichkeit der Rückkehr vorhanden ist. Auch der Stand-

[201]) § 68, I.
[202]) E. G. §§ 67, 68; BGB. 1343. II C. P. O. §§ 152, 155.
[203]) Mot. IV 644.

punkt des protest. Eherechtes war, dass die neue Ehe nichtig ist, wenn bei Schliessung derselben der für tot Erklärte noch lebt. Die Partei hat die Grundsätze des canonischen Rechtes schon verletzt mit Eingehung der neuen Ehe. Dernburg hat darin recht,[204]) dass der religiöse Standpunkt nur dann als entscheidend angenommen werden könnte, wenn die Gesetzgebung ein confessionelles Eherecht geschaffen hätte. Ueberhaupt müssen die Gesetzbücher mit religiösen Standpunkten nur soweit rechnen, als durch die Bestimmung, die hauptsächlich vom Standpunkt der einen Religion aufgenommen wird, den übrigen dagegen gleichgiltig ist, diese keinen Rechtsnachteil haben dürfen. Bei unserem Gegenstand ist nicht der religiöse Gesichtspunkt die Hauptsache, sondern der ethische. Es entbrennt in der Gattin des für tot Erklärten die frühere Liebe zum zurückgekehrten Gatten. Andererseits kann sich der neue Gatte Gewissensbisse machen, und das begründet die Möglichkeit der Anfechtung. Ich teile nicht den Standpunkt Dernburgs, nach dem meistens der alte Gatte der Lasten der neuen Ehe überdrüssig würde und deshalb mit derselben brechen will. Ich glaube nicht, dass er dann auf die Rückkehr des alten Gatten warten würde, einen Scheidungsgrund kann er so auch vorbringen, die Unterhaltsfrage alteriert ihn dann nicht. Meiner Meinung nach spielt in der Mehrzahl der Fälle die Gewissensfrage eine Rolle. Dennoch wird man nachdenklich, ob man bei der Seltenheit der Fälle eine solche Bestimmung aufnehmen und der interimistischen Ehe und den daraus entstehenden Schwierigkeiten den Weg öffnen soll. Wenn die Möglichkeit eintritt, dass der Verschollene zurückkehrt, und seine Gattin trotz der schweren Pflichtverletzung zu ihm hält, so weiss sie ihre neue Ehe aufzulösen; sie sorgt schon für Scheidungsgründe. Indessen wenn wir auch die Giltigkeit der neuen Ehe aufrechterhalten wollten, so dürfen wir doch den grundbuchrechtlichen öffentlichen Glauben dem auf die Todeserklärung gesetzten Glauben nicht gleichsetzen. Der Unterschied ist: dort ist die Wahrheit, hier die Wahrscheinlichkeit der Ausgangspunkt. Das ist eben so falsch, wie den falschen Totenschein der falschen Todeserklärung gleichzustellen. Abgesehen davon, dass bei letzterer ein richterliches Verfahren stattfindet, so hat das Todeserklärungsurteil eine ganz andere Bedeutung. Hier kann

---

[204]) S. 20.

die Partei an das am Lebensein des Verschollenen bei Eingehung der Ehe denken, während der falsche Totenschein aus der Annahme des zweifellosen Todes entspringt. Auf Grund dessen wäre es deshalb im Falle des Lebens des Gatten ungerecht, die Eingehung der neuen Ehe ohne weiteres für nichtig zu erklären; dann würde der Umstand garnichts nützen, dass die neue Ehe möglich ist. Jeder würde sich ihrer enthalten, denn man entschliesst sich schon an sich schwer, weil die Anfechtung dem Willen des zurückgebliebenen Gatten überlassen ist.

Nach dem Allgemeinen Landrecht beendigte die neue Ehe im Falle der Todeserklärung endgiltig die alte Ehe, nach dem ung. Ehegesetz § 74 endigt gleichfalls die Ehe, sobald ein Ehegatte nach der Todeserklärung des anderen eine neue Ehe schliesst, ausgenommen, wenn eine der Parteien bei Abschluss der neuen Ehe weiss, dass der für tot Erklärte noch lebt oder wenn die Ehe aus irgend einem anderen Grunde nichtig ist. Andere Beschränkungen gibt es in unserem Gesetz nicht. Also ist es zweifellos, dass die anfechtbare Ehe die erste Ehe aufhebt, weil die Beschränkung sich nur auf den Fall der nichtigen Ehe bezieht. Hier äussert das tatsächlich bestehende Band seine Wirkung. Indessen treten für die gutgläubige Partei auch hier die Folgen der Putativehe ein. Das deutsche BGB. sagt ausdrücklich in § 1348 II, dass mit Abschluss der neuen Ehe die alte aufgelöst wird; eine Einschränkung hat es nicht gemacht. Falsch ist die herrschende Meinung, die die auflösende Kraft der neuen Ehe von der formell und materiell giltigen Ehe abhängig macht.[205]) Im allgemeinen ist die Meinung der deutschen Literatur, dass mit dem im Anfechtungsprozess ergangenen Urteil die alte Ehe fortgesetzt wird, aber das wird im Urteil nicht deklariert; nach Planck lebt sie sogar wieder auf. Das widerspricht der Monogamie, auf welcher unser ganzes Eherecht sich aufbaut, dass auf einmal zwei giltige Bande bestehen sollen; das muss die herrschende Meinung zugeben. Aber Planck fordert auch, dass die durch den Verschollenen geschlossene Ehe für nichtig erklärt werden soll (§ 1329), eigentümlich, dass § 1309 nachträglich eintreten soll. Der Standpunkt

[205]) So Endemann II § 164, Anm. 13, S. 669, Planck IV, 74, Staudinger IV, 67, Schmidt 141, Neumann 740, Kohler 297, Crome 202, entgegengesetzt Dernburg S. 6.

der erwähnten Schriftsteller wäre zu rechtfertigen, wenn der I. Entwurf des § 1260 II, der unserem § 67 II entspricht, betreffs der Wirkung der anfechtbaren Ehe bestehen geblieben wäre, wie ich das erwähnt habe, aber auch dann nur, wenn ein anderer Paragraph diese Wirkung nicht aufheben würde, wenn nicht ein solcher Paragraph wäre, wie bei uns § 74, der ausdrücklich erwähnt, dass nur die nichtige Ehe keine aufhebende Kraft hat, wie auch der II. Entwurf § 1482 II war, aber beide fehlen im deutschem BGB. Obwohl § 1343 sagt, dass, wenn eine Ehe anfechtbar ist und angefochten wird, sie von Anfang an als nichtig angesehen werden muss; das berührt § 1348 II nicht. Wenn aber die Sache so steht, dann ist es zweifellos, dass der für tot Erklärte mit seiner früheren Gattin eine neue Ehe eingehen muss, als ob ihre Ehe infolge richterlicher Scheidung beendigt wäre. Die neue Eingehung ist nicht absurd; denn das geschieht auch dann, wenn jemand durch rechtskräftiges Urteil von seiner Gattin geschieden ist und dann von neuem die Ehe eingehen will. Ja gerade das wäre gegen das Rechtsprincip, wenn das Recht einen Zustand, der endgiltig aufgehoben wurde, ohne weiteres, sozusagen von Amtswegen widerherstellen würde. Es würde die hierauf gerichtete Tätigkeit der Parteien ersetzen, gleichsam von Amtswegen die neue Ehe schliessen. Das ist keine Schuld, die die Partei nicht zahlen will, wo der Richter den Willen der Vertragsparteien ersetzt. Ich bemerke das, damit ich nicht missverstanden werde: Ich leugne nicht, dass, wenn die Ehe auf Grund von § 1350 angefochten wird, dann nicht § 1343 bestände, d. h. ich erkenne an, dass § 1343 auch hier Anwendung findet, die angefochtene Ehe von Anfang an als nichtig anzusehen ist. Aber das besagt nicht, wie ich an anderer Stelle ausgeführt habe, dass die angefochtene Ehe garnicht beachtet wird; andererseits kann es nicht die Rechtswirkung haben, dass es einen endgiltig beendeten Rechtszustand zu einem nicht beendeten macht, gleichsam als wenn die zweite Ehe anfechtbar war und angefochten wurde. Dieses bewirkt nicht das Wiederaufleben der rechtsgiltig aus anderem Grunde beendeten Ehe. In gleicher Weise erkenne ich die Anwendung von § 67 im Falle der Anfechtung auf Grund des § 54 f) an, aber dort ist auch § 74. Halten wir uns diesen Fall vor Augen und nehmen wir an, dass der für tot Erklärte eine giltige Ehe geschlossen hat.

Wenn wir der herrschenden Ansicht beipflichten, dann wären mit der Anfechtung, bezw. mit Auflösung der neuen Ehe auf einmal zwei giltige Ehen, es entstünde also Bigamie. Meiner Meinung nach kommt sie nur zu Stande, wenn mit dem tot Erklärten die erste Gattin von neuem die Ehe schliesst. Die notwendige Folge der herrschenden Ansicht ist, dass, wenn die neue Ehe aufgelöst wurde, die rechtsgiltig geschlossene Ehe des Verschollenen als Doppelehe nichtig wäre, es würde also nachträglich Bigamie entstehen und § 171 des Strafgesetzbuchs Anwendung finden. Aber das will die herrschende Ansicht auch nicht, nach der die Rechtswirkung der Anfechtung der neuen Ehe infolge des Lebens des für tot Erklärten die ist, dass die frühere Ehe fortlebt, bezw. wiederauflebt; sie behauptet also folgerichtig, dass die Frau im Falle der Anfechtung den Namen ihres früheren Gatten führt, bezw. niemals verloren hat. (Schmidt 141, entgeg. Süssheim, Gruchots Beiträge XLIII 581.) Aber das ist absurd, so wie die Behauptung Schmidts; was er als Prämisse aufstellt, dass die früheren Ehegatten solche trotz der neuen Ehe bleiben, das ist nicht nur gegen § 1348 II S. 1, sondern auch die grösste jur. Unmöglichkeit. Das Recht selbst würde die Bigamie anerkennen. Natürlich ist Schmidt in Uebereinstimmung mit seinem gegenüber § 1350 eingenommenen Standpunkt. Aber die richtige Ansicht ist, dass die Frau, wenn auch die neue Ehe auf Grund des § 1350 aufgelöst wurde, den Namen ihres Mannes behält. Die Lage ist dieselbe, wie im Falle der Scheidung, d. h. im Falle des § 1577 I, nach dem die geschiedene Frau den Namen ihres Gatten behält, aber laut § 1577 II den Namen ihres früheren Gatten aufnehmen kann. Zur neuen Aufnahme des Namens ist erforderlich, dass die Frau ihren Entschluss bei der zuständigen Behörde anzeige. Die Erklärung muss in öffentlich beglaubigter Form geschehen; nach unserem Ehegesetz ist die Führung des Namens des früheren Mannes nach Auflösung der neuen Ehe nicht möglich, weil nach § 94 II die nicht schuldige Frau den Namen ihres Mannes auch nach Auflösung der Ehe behalten kann, wenn sie diesen Willen im Prozess kundgegeben hat.

Sie ist aber nicht berechtigt ihn von neuem aufzunehmen, wenn sie schon einmal verheiratet war, weil ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung man das nicht voraussetzen bezw. vermuten kann. Richtiger ist auch der Standpunkt des ung. Ge-

setzes; ich halte den Standpunkt des § 1577 II nicht für richtig, eine bereits beendigte Sache von neuem wieder aufleben zu lassen. Sowohl im ung. wie deutschen Gesetz, so ungerecht es auch immer ist, ist die Möglichkeit vorhanden, dass, wenn der für tot Erklärte lebt, bezw. zurückkehrt, seine Gattin die neue Ehe auflöst und mit einem Dritten sich verheiratet. Meiner Meinung nach ist der für tot Erklärte nicht berechtigt, seine neue giltige Ehe aufzulösen und ist nicht verpflichtet, mit seiner früheren Gattin eine neue Ehe zu schliessen. Er ist nicht verpflichtbar zur Fortsetzung der Lebensgemeinschaft mit seiner Gattin, andererseits ist aber auch seine Gattin nicht dazu verpflichtbar, dass sie mit dem, der so sehr seine ehemännlichen Pflichten vergass, die Lebensgemeinschaft fortsetze. Aber hierzu ist die Möglichkeit vorhanden, wenn wir die herrschende Ansicht annehmen, weil sowohl nach Ehegesetz § 54 f), bezw. BGB. § 1350 der neue Ehegatte des zurückgebliebenen Ehegatten das Anfechtungsrecht hat, wodurch gegen seinen Willen der zurückgebliebene Ehegatte wieder — nach herrschender Ansicht — in die alten Bande käme. Die Frage ist wichtig vom Standpunkt des Unterhalts. Nehmen wir an, die Frau hat die neue Ehe aufgelöst, so ist ihr früherer Gatte nicht unterhaltspflichtig. Ebenso ist m. M., obwohl weder das ung. noch deutsche Gesetz es ausspricht, zweifellos: wenn während des Anfechtungsprozesses der für tot Erklärte stürbe, so müsste der Prozess sofort eingestellt werden.

Ich kehre jetzt zu der Frage zurück, ob jede Ehe des Ehegatten des für tot Erklärten auflösende Kraft hat. Nach herrschender Ansicht hat nur die formell und materiell giltig geschlossene Ehe auflösende Kraft, nur die ist würdig, dass ihrethalben die erste Ehe aufhöre. Aber die Anwendung von § 1344 erkennt sie auch betreffs der neuen Ehe an. Nach § 74 des ung. Ehegesetzes kann hiergegen kein Zweifel entstehen, weil es ausdrücklich nur der nichtigen Ehe die auflösende Kraft versagt. Ein solcher Nichtigkeitsgrund ist die Kenntnis eines der Ehegatten bei Eingehung der Ehe vom Leben des für tot Erklärten. Nach dem ung. Gesetz vernichtet auch die anfechtbare Ehe die erste Ehe. Im deutschen Gesetz finde ich keinen Stützpunkt für die herrschende Meinung. Der § 1348 II 1 besagt ausdrücklich, dass mit der Schliessung der neuen Ehe die frühere endigt und macht keinen Unterschied: ubi lex non distinguit,

nec nobis est, distinguere. Nur in einem Falle kann man die nichtige Ehe als eine solche betrachten, die keine auflösende Kraft hat, nämlich, wenn wegen Wissens beider Parteien die neue Ehe nichtig ist, weil dann eben wegen Bestehens der alten Bande die neue Ehe nichtig ist.

Hier bin ich gezwungen, von Dernburg abzuweichen, nachdem nur das matrimonium non existens die alte Ehe nicht auflöst. Unseren Standpunkt unterstützt § 1348 II, nach dem die Ehe auch dann aufgelöst bleibt, wenn die Todeserklärung im Wege des Anfechtungsprozesses wirkungslos wird. (C. P. O. 957, 973.) Es macht keinen Unterschied, aus welchem Grund die Todeserklärung unwirksam wird. Wie erwähnt, ist das auch der Standpunkt unseres ung. Rechtes, wenn es ausdrücklich auch nicht erwähnt ist. Der I. Entwurf des deutschen Gesetzes stand auf demselben Standpunkt wie das ung., mit dem Unterschied, dass er nicht als Grund der Nichtigkeit der neuen Ehe die Kenntnis irgend einer Partei, sondern nur die des Gatten des für tot Erklärten annahm. Ausserdem ist die Fassung des § 74 präciser, als die des § 1464 des ersten Entwurfes des BGB., weil er die Wirkungslosigkeit des Lebens des für tot Erklärten auf die Giltigkeit der neuen Ehe nicht erwähnt, er drückt es genügend damit aus, dass er sagt, wann die neue Ehe keine auflösende Kraft hat. Auch unsere Fassung verhindert, dass die neue Ehe aus dem eben erwähnten Grunde für nichtig angesehen werde, was die Motive des deutschen BGB. so sehr betonen. (IV 641) Beide aber gehen aus von der Lebensnotwendigkeit, von den Folgen des gewöhnlichen Lebens, wenn sie von den allgemeinen Regeln und Prinzipien abweichen. Das ist nicht contra rationem iuris, sondern im Gegenteil, hier die allgemeinen Regeln und Grundprinzipien folgerichtig durchzuführen, das wäre es. Was das betrifft, wie weit die Kenntnis ein Hindernis der Giltigkeit der neuen Ehe sei, so halte ich zwischen den drei Standpunkten den Standpunkt des ungarischen Gesetzes mit dem Eherecht, besonders mit dessen Verfügungen betreffs der Nichtigkeit für am meisten übereinstimmend. Dieses aber muss das Entscheidende sein. Auch den Standpunkt des deutschen Rechts kann man begründen, nämlich damit, dass wir uns das Interesse jeder der Parteien der neuen Ehe vor Augen halten müssen, andererseits auch den Umstand, dass die Rückkehr äusserst selten ist, auch wenn der Betreffende lebt, der seit so lan-

ger Zeit sich um seine Familie nicht gekümmert hat; es ist aber die neue Ehe ein Lebensinteresse der zurückgebliebenen Gattin, deshalb will sie die Wahrheit nicht aufdecken. Der I. Entwurf ging davon aus, dass nur mit Rücksicht auf den zurückgebliebenen Gatten die neue Ehe gestattet werden sollte, so dass man logisch dahin kommt, dass nur dessen Wissen schade. Aber man darf nicht mit der Logik zu weit gehen. Wie es bei der nichtigen Ehe keinen Unterschied macht, in wessen Person der Nichtigkeitsgrund vorhanden ist, so darf man auch hier nicht davon ausgehen; so genommen wäre der Standpunkt des ung. Gesetzes richtiger und eher entsprechend dem § 171 des deutschen BGB. Es ist begründet, dass die anfechtbare Ehe kein Hindernis für die Auflösung der ersten Ehe sei, weil dann von der Willkür der neuen Ehegatten nicht nur die Wirksamkeit der neuen, sondern auch die der alten Ehe abhängig wäre und auch wirken könne auf die Ehe des für tot Erklärten.[206])

Der erste Entwurf erwähnte ausdrücklich, dass weder die Unwirksamkeit der Todeserklärung, noch die Anfechtbarkeit der neuen Ehe und Anfechtung die Auflösung der alten Ehe berührt. Die zweite Beratung hat indessen expressis verbis ausgedrückt (Prot. IV 452), dass, wenn wegen Rückkehr des für tot Erklärten die Ehe angefochten wird, dann die erste Ehe als nicht aufgelöst gelten soll. Auch wurde beantragt, dass die Giltigkeit der Ehe des für tot Erklärten nicht die Anfechtung berühren soll, die der zurückgebliebene Gatte infolge der Rückkehr einleitet. Indessen wurde das zurückgewiesen (Prot. VI 295) mit Rücksicht darauf, dass es ein seltener Fall sei und im Widerspruch stände mit den Folgen der Anfechtung. Die Denkschrift enthält die Erklärung, dass, wenn wegen Rückkehr des für tot erklärten Ehegatten der zurückgebliebene Gatte die neue Ehe anficht, seine Unterhaltspflicht gegen den alten Gatten wieder auflebt. Hierfür ist aber nach dem deutschen BGB. kein Grund vorhanden, höchstens nach dem II. Entwurf. Das BGB. hat die Casuistik des II. Entwurfes im Falle der anfechtbaren und nichtigen Ehe in Bezug auf die Beendigung, bezw. Nichtbeendigung der früheren Ehe nicht berücksichtigt.

Die ungiltige Ehe ist gleichfalls Ehe, auch diese drückt den Willen des zurückgebliebenen Ehegatten aus, dass er die frü-

---

[206]) Mot. IV, 644, Dernburg 9.

here Ehe beendigen will, und dieses dokumentiert er durch seine neue Ehe. Wegen der Ausnahmefälle, wenn eventuell ohne Verschulden des zurückgebliebenen Ehegatten die neue Ehe ungiltig ist, — in den meisten Fällen ist unter Beobachtung der notwendigen Sorgfalt ihr der materielle Ungiltigkeitsgrund bekannt — kann man nicht in das Gesetz den Satz hineinerklären, dass nur die neue giltige Ehe auflösende Kraft gegenüber der alten Ehe hat. Die nichtige Ehe ist ungiltig, sie ist matrimonium nullum, aber nicht non existens. In den röm. Rechtsquellen bedeutete das nullum zugleich das non existens und das vitiosum. Beispiel der Nicht-Ehe ist die Ehe zwischen gleichen Geschlechtern oder die nicht vor einem Civilbeamten geschlossene Ehe; zwischen der Nichtehe und nichtigen Ehe besteht eben die Abweichung darin, dass die erstere in keiner Beziehung Ehe, letztere es in gewisser Beziehung ist; so auch im vorliegenden Fall. Auch weist auf die Abweichung zwischen den beiden Ehen hin, dass im Falle der Nichtehe höchstens eine Präjudicialklage möglich ist. Die aus solcher Ehe stammenden Kinder sind niemals ehelich, während die aus nichtiger Ehe stammenden ehelich sein können (§ 1699), übrigens regelt das deutsche BGB. im IV. Buch II. Abschnitt 5. Tit. besonders die Rechtsstellung der aus einer nichtigen Ehe stammenden Kinder. Was für schädliche Folgen die herrschende Erklärung haben kann, geht aus folgendem Beispiel hervor. Nehmen wir an, auch der für tot Erklärte geht eine neue Ehe ein — er kann nicht die Giltigkeit der neuen Ehe seiner zurückgebliebenen Gattin auskundschaften — jetzt wäre die Folge der herrschenden Meinung, dass er eine Bigamie begangen hat, seine neue Ehe würde ungiltig sein, nichtig. Endemann fühlt auch die Unrichtigkeit seiner Lösung und erklärt zögernd, dass das Gesetz in dieser Hinsicht nicht ausreichend ist. Wozu diese Schwierigkeit, wenn sie vermeidbar ist? Das Gesetz bietet keine Grundlage für die erwähnte Erklärung, aber es entsteht durch meine Erklärung auch kein Nachteil, weil der Ehegatte seine Ehe beendigen wollte; dass seine neue Ehe nicht gelungen, ist nicht genügend zur Rückgängigmachung seines Willens. Im ung. Recht verursacht § 67 II keine Schwierigkeit, der übereinstimmend mit § 46 II bestimmt, dass man die anfechtbare Ehe im Falle der Anfechtung nach der Auflösung oder nach der Ungiltigkeitserklärung oder nach der durch Anmeldung geschehenen An-

fechtung so ansehen muss, als ob sie garnicht geschlossen wäre. Diese Bestimmung besteht nur soweit, als das Gesetz keine Ausnahme macht; aber wir wissen, dass § 12 des Ehegesetzes diese Ehe honoriert, denn er verhindert vor der Auflösung, bezw. Nichtigkeitserklärung eine neue Ehe zu schliessen. Ebenso im Falle des § 11 d) (Schwägerschaft), § 133 (im Falle der mit dritten Personen geschlossenen Rechtsgeschäfte) ganz abgesehen von der Ehelichkeit der Kinder. Ebenso honoriert die anfechtbare Ehe § 74 des Ehegesetzes, der nur in Bezug auf die Nichtigkeit und nicht in Bezug auf die anfechtbare Ehe bestimmt, dass sie nicht die Anfechtung der früheren bewirkt. Aber betreffs des § 1348 BGB. kann auch kein Zweifel bestehen. Wichtig ist die Lösung der Frage, welche Ehe auflösend auf die erste Ehe wirkt, schon vom Standpunkt des Erbrechts, weil mit Beendigung der alten Ehe das gegenseitige Erbrecht zwischen den Gatten wegfällt und vom Standpunkt der letztwilligen Verfügungen sind die Rechtswirkungen der neuen Ehe dieselben wie in jedem anderen Falle der Auflösung der Ehe (§ 2077, 2268, 2279). Uebrigens ist diese ganze Frage nur dann aktuell, wenn es sich später herausstellt, dass bei Schliessung der neuen Ehe der Verschollene noch gelebt hat. (Planck IV, 74.) Nach ung. Eheg. § 54 f, wie nach deutschem BGB. § 1350 I gebührt das Anfechtungsrecht dem neuen Ehegatten nicht, wenn er bei Schliessung der Ehe Kenntnis hatte vom Leben des für tot Erklärten. Fraglich ist, welcher Grad des Wissens erforderlich ist. Meiner Meinung nach ist das posit. Wissen nicht erforderlich. Es genügt, wenn unter Erwägung der Umstände er wissen konnte, dass er lebt; im übrigen wäre es sehr schwer, das positive Wissen zu beweisen.

Es ist schwer zwischen Wissen und Wissenkönnen die Grenzlinie zu ziehen. Der Ernst der Ehe selbst setzt voraus, dass der Ehegatte sich jeden nur möglichen Beweis verschaffe, dass der für tot Erklärte nicht lebt, oder besser gesagt, sobald ein Moment für das Leben des Ehegatten spricht, ist es seine Pflicht, sich Sicherheit zu verschaffen; also wenn jemand ihn auf einen Umstand aufmerksam macht, so kann er das nicht einfach unbeachtet lassen. Aehnlich verhält sich die Sache bezüglich des Neuheiratenden. Die Beweislast fällt dem zu, der das Wissen der Parteien behauptet.

Unser Ehegesetz § 22 hat als Hindernis aufgestellt das

Wissen der Parteien darüber, dass der für tot Erklärte den Tag des vermuteten Sterbens überlebte; die Partei, die hiergegen sündigt, fällt unter Bestrafung (124), sie begeht aber nicht das Verbrechen der Doppelehe. Gegen den materiellen Standpunkt des ung. St. G. B. § 251 vergeht sich, wer Kenntnis vom Leben des für tot Erklärten bei Schliessung der Ehe hat. Das deutsche Gesetz kennt dieses aufschiebende Hindernis nicht, hier ist die Bestrafung der Parteien nur nach § 171 St. G. B. möglich, worauf ich zurückkomme. Im deutschen Gesetz fehlt der dem § 124 Ehegesetz entsprechende Paragraph, so dass die Hindernisse meistens der Bestrafung entbehren. Die Strafen behandelt allein das Strafgesetzbuch. § 170 des St. G. B. bestraft die Partei, die ihrem Verlobten ein gesetzliches Hindernis arglistig verschwiegen hat, vorausgesetzt, dass die Ehe aus diesem Grunde aufgelöst wird.

Im Falle der entgegen dem Verbot geschlossenen Ehe ist die Straflosigkeit der trotz des aufschiebenden Hindernisses die Ehe schliessenden Partei unrichtig; hiermit gestattet das Gesetz den Parteien, sie mögen nur probieren, das Gesetz auszuspielen. Wenn das Gesetz diese Kategorie kennt, möge es sie auch sanktionieren; ich bemerke das nur nebenbei; ich halte die Kategorie der aufschiebenden Ehehindernisse für unrichtig (V. m. Arbeit «Ueber die aufschiebenden Ehehindernisse»). Nach unserem E. G. § 124 wird die Partei unbedingt bestraft, die in Kenntnis, sei es des auflösenden, sei es des aufschiebenden Hindernisses die Ehe schliesst und zwar, wenn ihre Tat keine schwerer zu bestrafende Tat bildet, mit 3 Monaten Gefängnis und Geldstrafe bis 1000 Kronen. Das deutsche St. G. B. § 171 bestraft die Bigamie mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren, das Minimum 6 Monate Gefängnis. § 251 unseres St. G. B. bestraft die Bigamie nur mit Kerker bis zu 2 Jahren, es sei denn, dass die Partei die mit ihr die Ehe schliessende Partei betreffs des Bestehens der früheren Ehe in Irrtum gesetzt hat, in welchem Falle die Strafe auf Kerker bis zu 5 Jahren erhöht wird. Die Doppelehe besteht, sobald die neue Ehe geschlossen wird, bevor die frühere Ehe aufgehört hatte und für nichtig erklärt war. Das deutsche E. G. zum BGB. art. 34 V macht keinen Unterschied zwischen nichtiger und ungiltiger Ehe, es betrachtet die anfechtbare Ehe auch nach der Anfechtung von Anfang an als nichtig, auf dieser Grundlage geschah die Revision des § 171 St. G.

B. Schon im römischen Recht war die Bigamie, die nicht nur die Doppel-, sondern auch mehrfache Ehe bedeutet, seit Diocletian mit Infamie verbunden (18 C. 9, 9).

Später geschieht eine Rückentwickelung. Bigamie als selbständiges Verbrechen kannte man nicht, sondern bestrafte es meistens als Ehebruch oder Verführung. Erst seit der Zivilehe wird es ein delictum sui generis und gewinnt allgemeine Anerkennung. Mit dem Beginn der Eheschliessung ist nur der Versuch vorhanden; das Delict ist beendigt, wenn die Eheschliessung beendigt ist.[207]) Die Verjährung nimmt ihren Anfang, wenn die eine Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist; es folgt daraus, dass das Delict, solange beide Ehen bestehen, fortwährend besteht. Wie erwähnt, bestraft das deutsche St. G. B. die Partei, die arglistig einen Auflösungsgrund vor ihrem Gatten verschwiegen hat, wenn der Gatte Bestrafung verlangt, natürlich vorausgesetzt, dass die Ehe aufgelöst wurde, ebenso wie das die Voraussetzung der Bestrafung ist, wenn mit Arglist der Gatte jemanden zur Eingehung der Ehe veranlasst hat und zwar mit solcher Irreführung, die den Betreffenden berechtigt die Ehe aufzulösen, wenn dieselbe auch aufgelöst wurde.

Die Strafe beträgt in beiden Fällen 3 Monate Gefängnis. Nach v. Liszt genügt zum Betruge, wenn die betrogene Partei die Ehe ohne denselben nicht geschlossen hätte, natürlich unberührt lassend die übrigen Voraussetzungen,[208]) während Olshausen verlangt, dass die betrügende Partei schädigende Absicht habe; sie muss mit dem Wissen verfahren, dass sie gegen die Interessen des anderen handelt, sie muss in dieser Richtung Schlechtes tun wollen (S. 622), ähnlich auch Binding.[209]) Ich stehe auf dem Standpunkt von v. Liszt, und zwar deshalb, weil es schwierig ist, die innere Absicht zu suchen, und man sich möglichst solcher schwierigen Beweise enthalten soll, andererseits ist die Schuld zweifellos, weil der Betrüger wissentlich gegen das auflösende Hindernis des Ehegesetzes handelt; man darf den Gesetzübertreter nicht unbestraft lassen. Uebrigens setzt das Gesetz auch nur das arglistige Verschweigen in den Vordergrund ohne jegliche weitere Hinzufügung. Einen vermittelnden Standpunkt

---

[207]) Ung. E. G. § 39, BGB. § 1317.

[208]) Meyer 738, Hälschner 1767, Schütze, Liszt 390.

[209]) Normen II 605, Grundriss II 118.

vertritt Frank. (170.) Die Verjährungszeit beginnt am Tage der Ehe. Ebenso bestraft das deutsche St. B. G. den Ehebruch, soweit er zur Auflösung der Ehe geführt hat, auf Antrag der verletzten Partei mit 6 Monaten Gefängnis. Betreffs des Ehebruchs bemerke ich hier nur soviel, dass, wenn ein Verheirateter ihn begeht, Konkurrenz zu den §§ 177 und 179 entstehen kann. Auch unser Strafgesetzbuch straft den Ehebruch § 246 mit 3 Monaten Gefängnis, dagegen denjenigen, der sich als den Gatten stellt und den Irrtum der Frau benützt, um mit ihr geschlechtlich zu verkehren, mit Kerker bis zu 2 Jahren, im übrigen stimmt es überein mit dem deutschen St. G. B. Die Bestrafung tritt gleichfalls nur auf Antrag ein. Ebenso kann Ehebruch vorkommen, wenn ein Unverheirateter ihn mit einer Verheirateten begeht, weil hier auch Auflösung der Ehe vorkommen kann, nämlich die der Frau; v. Liszt schliesst das (394) aus, weil hier eine Auflösung der Ehe nicht vorliegt, er hält sich nur die Ehe des Gatten vor Augen. Die Grundlage des Ehebruches ist aber tatsächlicher Beischlaf, andere Ausschweifungen sind nicht genügend, während Samenerguss nicht erforderlich ist. Das entspricht dem, was die gem. Meinung für Ehebruch hält, das nimmt auch die Judicatur an. Weder das ungarische noch das deutsche Strafgesetz gibt eine Definition des Ehebruches. Da nun nach BGB. § 1565 II und nach ung. E. G. § 81 derjenige Gatte nicht die Scheidung der Ehe beantragen kann, der dem Ehebruch zustimmt oder daran teilgenommen hat, so bleibt in diesen Fällen der Ehebruch unbestraft. Es ergibt sich die Frage, ob § 124 des ungarischen E. G. wirksam ist, wenn die Handlung schon an sich strafbar ist. Meiner Meinung nach ja, weil das Privatrecht ohne jegliche Beschränkung die Strafe bestimmt; die einzige Schranke ist, wenn das St. G. B. es schärfer straft. § 124 schützt die Ehe selbst ohne Rücksicht darauf, ob mit der neuen Ehe das Verbrechen der Doppelehe begründet wird, es schöpft den Tatbestand aus sich und nicht aus dem St. G. B.; wenn aber § 251 St. G. B. vorliegt, wird er als schärferer angewendet. § 171 des deutschen St. G. B. steht wie erwähnt auf formalem Standpunkt und trifft trotzdem nicht die Partei, die bei Schliessung der Ehe vom Leben des für tot Erklärten nach der Todeserklärung Kenntnis hatte, weil nach § 1348 die Kenntnis einer Partei der Ehe nichts schadet. Es ist zweifellos, dass diese Ehe an sich genommen auflösende Kraft

hat in Bezug auf die alte Ehe. Hier liegt der Tatbestand nicht vor, den § 171 St. G. B. voraussetzt, dass man keine neue Ehe schliessen kann, bevor die frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist, weil zugleich mit der neuen Ehe die alte Ehe aufgelöst wird.

Die Bestrafung hat allein § 1350 gesichert: Die Entziehung des Anfechtungsrechts. Die Beschränkung, dass im Falle des schlechten Glaubens der einen Partei die Ehe verboten ist, finde ich hier nicht. § 1309 kommt hier nicht in Betracht, weil § 1348 eine Ausnahme statuirt, indem er nicht guten Glauben beider Parteien verlangt. Uebrigens kann ich aus dem BGB. das Hindernis nicht herauslesen; § 1348 bewirkt nur im Falle der Kenntnis beider Parteien die Nichtigkeit der Ehe. Entgegengesetzt Frank.[210]) Nach ihm ist die Bestrafung möglich, weil die Partei die Ehe geschlossen hat, bevor die frühere Ehe aufgelöst wurde, aber das liegt auch dann vor, wenn die andere Partei keine Kenntnis hat, § 1348 schliesst aber dessen Bestrafung aus. Rehbein hat die Frage offen gelassen (D. J. Z. 1897 Nr. 10, S. 196), er neigt eher zur Bestrafung. Aehnlich Engelmann (68), Hachenburg (79). Wichtig ist die Frage besonders vom Standpunkt derer, nach denen mit der Anfechtung der neuen Ehe die alte wiederauflebt, bezw. sich fortsetzt. Diejenigen, die sich auf den Standpunkt stellen, dass der Ehegatte dadurch, dass er bei Schliessung der 2. Ehe vom Leben des Verschollenen über die Todeserklärung hinaus Kenntnis hatte, Bigamie begangen hat, sind gezwungen, sich auf den Standpunkt zu stellen, dass, wenn die 1. Ehe wieder auflebt, der verschollene Ehegatte nach § 1565 die Auflösung der Ehe beantragen kann. Denn auf Grund dieses Paragraphen kann die Scheidung der Ehe diejenige Partei beantragen, deren Ehegatte sich des Ehebruchs oder einer nach § 171, 175 St. G. B. strafbaren Handlung schuldig macht. Also würde der Ehegatte des Verschollenen sowohl des früheren als des jetzigen Ehegatten verlustig gehen. Dem gutgläubigen Ehegatten indessen gebührt nur das Anfechtungsrecht nach § 1350, aber nicht die Scheidung nach § 1565, weil eine strafbare Handlung nach § 171 St. G. B. nicht während der neuen Ehe begangen ist, sondern durch diese. (Zusammenst. der Gutachten zum Entwurf des BGB. IV 208.)

---

[210]) Deutsche Jur.-Zeitung 1897 Nr. 19, S. 383.

Bei uns können diese Fragen nicht vorkommen, weil nach § 74 des E. G. die Kenntnis einer Partei genügender Grund zur Nichtigkeit der 2. Ehe ist, bei uns ist also das Vorhandensein der Bigamie zweifellos und andererseits kommt nach § 76 dem Verschollenen zu, die Auflösung der Ehe zu beantragen, weil seine Gattin in Kenntnis des Bestehens der alten Ehe eine neue Ehe geschlossen hat. § 76 unseres E. G. ist auch genauer, wie BGB. § 1565, weil hier die Fassung zum Ausdruck bringt, dass nur der 1. Gatte das Recht hat. Uebrigens ist bei uns aufschiebendes Hindernis schon die Kenntnis der Parteien davon, dass der für tot Erklärte den als Todestag vermuteten Tag überlebt hatte; dann werden sie bestraft nach § 124 E. G. und nicht wegen Bigamie nach § 251 St. G. B., weil dieser so zu erklären ist, dass nur dann bestraft wird, wenn die 2. Ehe ungiltig ist. Es ist zwar wahr, dass hier das Band der giltigen Ehe besteht, neben der die Partei heiratet, aber die Todeserklärung bildet grade eine Ausnahme von dieser Regel und gestattet trotzdem, dass eine giltige Ehe zu stande kommt, und mit dieser wird die erste Ehe aufgelöst; also bestehen beide Bande nicht. Man kann also auch nicht strafen; es ist nicht erforderlich, die erste Ehe noch besonders unwirksam zu machen. Zweifellos wollte der Gesetzgeber nur dann strafen, wenn die 2. Ehe nichtig und die 1. bestehen geblieben ist. Meines Wissens ist in unserer Literatur diese Frage nicht aufgeworfen und so weiss ich nicht, ob die Kriminalisten meinen Standpunkt teilen werden. Ein Fall ist noch nicht vorgekommen, daher kann ich mich auch auf die Praxis nicht stützen. Diese Auffassung stelle ich als höchst persönlich hin, nicht als Standpunkt der ung. Literatur. Aber sowohl im ung. als deutschen Recht wird der Verschollene wegen Bigamie bestraft, wenn er eine Ehe schliessen würde, bevor seine Gattin geheiratet hat, wie derjenige, der in Kenntnis der Lage mit dem für tot Erklärten eine Ehe schliesst.

Es ist nicht die gleiche Lage zwischen diesen und jenen Fällen, in welchen die in ungiltiger Ehe lebende Partei eine Ehe schliesst vor Nichtigkeitserklärung oder Auflösung ihrer Ehe. Obwohl dann tatsächlich die zweite Ehe giltig bleibt, liegt doch § 171 vor, aber dann liegen zwei Ehen vor, eine giltige und eine ungiltige, während in unserem Falle nur eine Ehe vorliegt; die erste ist aufgelöst. Wo sind die beiden Ehen, wegen deren

man strafen könnte? Das Strafrecht kennt keine Analogien. Das Ergebnis ist ungerecht, aber dem Recht entsprechend.

Während § 54 f des E. G. sehr richtig die Rückkehr des für tot Erklärten zur Anfechtung der neuen Ehe verlangt, ist nach § 1350 des BGB. die Kenntnis vom Leben ausreichend. Jede Partei, die bei Schliessung der Ehe vom Leben keine Kenntnis hatte, ist hierher berechtigt, aber nicht verpflichtet; daraus folgt argumentum a maiori ad minus, dass die Aufhebung der Todeserklärung die neue Ehe nicht auflöst. Das erwähnt auch ausdrücklich § 1348 II. Das ist auch richtig, weil zur Anfechtung der Todeserklärung nach der deutschen C. P. O. § 974 und unserem Entwurfe § 736 jeder berechtigt ist, der ein rechtliches Interesse hat. Die Giltigkeit der neuen Ehe können wir nicht abhängig machen von einer indifferenten 3. Person, da ja nicht einmal der zurückgekehrte, bezw. lebende Ehegatte zur Anfechtung berechtigt ist, sondern nur die Parteien. Das Aufhebungsurteil kann nicht mehr Wirkung haben, als wenn das Leben des Verschollenen offenkundig ist und er auch zurückgekehrt ist, und trotzdem hängt es von seiner Gattin ab die neue Ehe anzufechten. Es ist nur unnötige Sorgfalt, wenn das deutsche Gesetz obiges expressis verbis bestimmt. Das Leben des für tot Erklärten bei Schliessung der neuen Ehe berührt auch nicht deren Giltigkeit; das BGB. spricht das expressis verbis aus. (1348 I.) Das deutsche wie ung. Gesetz bestimmte hier der Gedanke, dass infolge der nichtigen Ehe hier schwere Folgen für die neuen Ehegatten und für die Kinder sich einstellen. Weiter ist im Falle des Lebens des für tot Erklärten weder gesorgt für den Ehegatten, noch die Treue gesichert. § 1349 BGB. beschäftigt sich mit der Anfechtung der Todeserklärung; er verbietet die Schliessung der neuen Ehe, wenn die Todeserklärung angefochten ist, vorausgesetzt, dass noch nicht 10 Jahre seit der Todeserklärung verflossen sind, weil dann nach § 958 II C. P. O. die Anfechtung ausgeschlossen ist. Das ung. Ehegesetz enthält diese Verfügung nicht, weil es die Sanktion der Giltigkeit der Ehe für genügend erachtet, in Erwägung, dass dieses Recht der Chikane Raum gewährt. Das ist auch richtig, die Giltigkeit der Ehe ist eine genügend starke Sanktion; andererseits ist richtig, dass sich für diese Chikane kein Grund denken lässt; die Anfechtung ist gewöhnlich begründet und man darf die Giltigkeit der Ehe nicht einem Zufall aus-

setzen. Nach meiner Ansicht ist aber nicht jeder Anfechtungsprozess ein Hindernis, sondern nur derjenige, bei dem es sich um das Leben handelt, aber nicht der, der die Berichtigung des Zeitpunktes bezweckt. Ich glaube indessen, wenn bei uns ein solcher Prozess entsteht, der das Leben des für tot Erklärten zu beweisen unternimmt und dies zur Kenntnis des Heiratenden gebracht wird, so verweigert, wenn genügend Stützpunkte da sind, auch schon der Standesbeamte die Eheschliessung, weil schon die Kenntnis von dem Ueberleben des vermuteten Todestages ein Hindernis ist, eo magis ist dies; argumentum a maiori ad minus. Wenn die Ehe auch geschlossen wird, wird sie nichtig, wenn später die Todeserklärung infolge Lebens aufgehoben wird, weil das im § 74 des E. G. geforderte Wissen vorhanden war; dieses Wissen setzt unter keinen Umständen voraus das persönliche Sehen, es genügt, wenn die Umstände beweisen, dass die eheschliessende Partei wissen konnte, dass der für tot Erklärte noch lebt, oder wenigstens nicht im guten Glauben ist. Der Grund für diese beschränkende Erklärung des § 1349 BGB. gegenüber dem ausdrücklichen Texte des Gesetzes, der davon nicht spricht, dass wegen des Lebens die Todeserklärung angefochten ist, ist der, dass nur dann Ziel und Sinn vorhanden ist. Ich setze an diesem Paragraphen aus, dass er nur von dem Ehegatten spricht und nicht dieses Hindernis auch gegenüber dem den Zurückgebliebenen Heiratenden aufstellt; aber es ist zweifellos, dass das Hindernis auch ihm gegenüber besteht. Uebrigens werden in der Regel beide die Anfechtung der Todeserklärung kennen, so dass sie auflösendes Hindernis sein wird, weil in diesem Falle das «Wissenkönnen» vorhanden ist, das ist aber nach meiner Ansicht Nichtigkeitsgrund; das «Wissen» des § 1348 ist im weiterem Sinne zu nehmen. § 1349 stellt das aufschiebende Hindernis nur im Falle der Kenntnis der einen Partei auf; wenn der Tatbestand des § 1349 für beide besteht, wird die Ehe nichtig. § 1349 enthält zugleich das aufschiebende Hindernis, wenn eine der Parteien Kenntnis hat, dass der Verschollene nach der Todeserklärung lebte; denn wenn schon das Wissenkönnen Hindernis ist, d. h. infolge der Anfechtung ein Hindernis entsteht, eo magis im Falle des positiven Wissens. Der zurückgebliebene Ehegatte, soweit er nicht Prozessgegner

ist,[211]) kann als Nebenintervenient in den Anfechtungsprozess eintreten.[212]) Nur nebenbei bemerke ich hier, dass unser Entwurf sehr richtig mit unserer alten Prozessordnung gebrochen hat, die nur dann die Nebenintervention gestattet, wenn die dritte Person infolge Rechtsgemeinschaft oder Gesetzes sich als Kläger für interessiert hält; er gestattet auch die Intervention wie § 22 G.-A. 18, 1893, wenn der Intervenient für sich eine Sache oder ein Recht, betreffs welchen zwischen anderen Personen ein Prozess vorliegt, ganz oder teilweise fordert. Ich halte diesen Paragraphen nicht für genügend, § 66 der deutschen C. P. O. ist weiter und m. E. auch richtiger, wonach die Intervention gestattet ist für alle die, die ein rechtliches Interesse haben, an dem Siege einer Partei. Dieser Fall liegt auch bei unserer Frage vor. Ich kann rechtlich interessiert sein, ohne dass diese Sache oder dieses Recht, um das es sich in dem Prozesse handelt, Gegenstand meiner Forderung ist. Natürlich ist die Anfechtung nach § 1349 nur dann Hindernis, wenn überhaupt dem Anfechtungsantrag stattgegeben wird, d. h. wenn nach § 976 I C. P. O. ein Monat seit Verkündigung des Urteils nicht verflossen ist, ausgenommen, wenn die Klage sich stützt auf die im § 957 Abs. II C. P. O. erwähnten Gründe, worüber ich unten sprechen werde. Dass der § 1349 nur ein aufschiebendes Hindernis ist, beweist der Umstand, dass er weder unter den Nichtigkeitsgründen,[213]) noch unter den Anfechtungsgründen (1330) aufgezählt ist, diese aber sind taxativ aufgezählt; wenn aber der Gesetzgeber den § 1349 als solchen behandeln wollte, so hätte er ihn zwischen diesen aufgezählt, wie § 1350 auch im § 1330 erwähnt wird. Indessen kann man sich nicht auf den Text stützen und daraus Beweise schöpfen; die Schriftsteller, die das tun, stützen sich auf die Motive (IV 20). Aber vergessen wir nicht, dass die Motive zum 1. Entwurf angefertigt wurden, hier ist folgerichtig das auflösende Hindernis mit «kann nicht» zusammenhängend, während bei den aufschiebenden Hindernissen «darf nicht» vorkommt. Indessen kommt im deutschen BGB. das «darf nicht» auch bei Bestim-

---

[211]) C. P. O. 974.

[212]) C. P. O. § 66, ung. E. G. 132, C. P. O. 522, Entwurf 736, 1893. G. A. 18, § 22, C. P. O. Entwurf § 82.

[213]) § 1323.

mung des auflösenden Hindernisses vor, so im § 1310 I oder 1309 I, während im 1. Entwurf in den entsprechenden Paragraphen «kann nicht» steht. (1234 für 1309, 1236 für 1310.) § 1349 war schon aufschiebendes Hindernis im 1. Entwurf (§ 1235 II); auch hier ist er nicht erwähnt unter den Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen (§§ 1250, 1259). Ich bemerke, dass ich den Standpunkt des 1. Entwurfes für richtiger halte, dass es auch schon äusserlich erkennbar ist, ob wir es mit einem auflösenden oder aufschiebenden Hindernis zu tun haben, die erstere Textierung «er kann nicht», die letztere «er darf nicht». Bei Anwendung von § 1349 ist die anfechtende Person gleichgiltig. (Planck IV 75, Neumann 741, Engelman 68.)

Der Standpunkt des ung. Gesetzes, das nach § 54 f zur Ausübung des Anfechtungsrechtes die Rückkehr des für tot Erklärten verlangt, ist richtiger als § 1350 BGB., nach dem die Kenntnis vom Leben schon genügt. Die Fortsetzung der Lebensgemeinschaft zwischen dem für tot Erklärten und der zurückgebliebenen Gattin ist nur mit dessen Rückkehr gesichert, aber nicht mit der Kenntnis. Hierdurch geben wir der Frau freie Hand, wenn sie ihres neuen Gatten überdrüssig geworden ist, dass sie ihre Ehe auflöse, ohne dass sie zu ihrem früheren Gatten zurückkehre. Die Absicht des Gesetzgebers verwirklicht besser § 54 f, als § 1350 BGB. Die Anfechtungsfrist beträgt seit Erkennung des Irrtums im ung. Recht ein Jahr. Das kann man bei der Todeserklärung nicht anwenden; hier kann man den Anfangspunkt mit dem in den anderen Fällen des Irrtums nicht gleichsetzen, sondern hier ist die Frist vom Zeitpunkt der Kenntnis von der Rückkehr, bezw. vom Erscheinen zu rechnen, weil nur das mit § 54 f) übereinstimmt. Die Erkenntnis des Irrtums ist bereits die Kenntnis vom Leben, was bei uns, wie wir wissen, zur Anfechtung der neuen Ehe nicht ausreichend ist, im Gegensatz zu § 1350 BGB., nach welchem die Anfechtungsfrist 6 Monate beträgt, beginnend mit dem Augenblicke der Kenntnis vom Leben des für tot Erklärten. Da das Anfechtungsrecht nur der ersten Ehe wegen gegeben wird, schliesst jeder Umstand, der die erste Ehe unmöglich macht, das Anfechtungsrecht aus, bezw. macht es unwirksam. So der Tod des für tot Erklärten[214]) oder die Bestätigung der neuen Ehe durch

---

[214]) § 1350; § 61 c), ung. E. G.

den Anfechtungsberechtigten (1350, § 62). In Hinsicht auf das Anfechtungsrecht stimmen beide Rechte überein, was seine Ausschliessung anbetrifft, da beide Rechte sehr richtig das Anfechtungsrecht bei der Partei ausschliessen, die bei Schliessung der neuen Ehe vom Leben ihres früheren Gatten, bezw. des Verschollenen Kenntnis hatte. Der Beweis der Rückkehr, bezw. im deutschen R. des Lebens belastet den Anfechtenden, während der Beweis des schlechten Glaubens des Anfechtenden den, der ihn behauptet (C. P. O. 667). Zweifellos ist es, dass das Anfechtungsrecht jedem der neuen Ehegatten zukommt; § 1350 erwähnt es auch besonders; § 54 f) gestattet gleichfalls die Anfechtung auf Grund von Irrtum und nach § 56 c E. G. ist zur Anfechtung die irrende Partei berechtigt. Zweifellos liegt hier Irrtum bei beiden Parteien vor, der Irrtum besteht betreffs des Todes des für tot Erklärten. Reiner[215]) gibt nur dem zurückgebliebenen Ehegatten das Anfechtungsrecht, weil nur dieser im Irrtum ist über den Tod des früheren Ehegatten und deshalb hat er die neue Ehe geschlossen; die andere Partei wollte grade diese Person heiraten und die Todeserklärung interessierte ihn nur soweit, dass sie das Hindernis aufgehoben und es möglich gemacht hat, dass er sie heirate. Diese Erklärung ist falsch, der Irrtum besteht auf beiden Seiten, der Grund der Anfechtung ist das Leben und Rückkehr des für tot Geglaubten. Ich gebe zu, dass er diese Person heiraten wollte, aber er hat sich in einer persönlichen Eigenschaft geirrt, die hier in Betracht kommt. Uebrigens ist die langweilige Begründung unnötig. Die Bindung an eine Frist für die Anfechtung ist richtig, hier ist kein Platz für Ungewissheit. Entweder fühlt der neue Gatte die Schwere der ethischen Forderungen, oder es lebt die Liebe zum früheren Gatten auf, bezw. es hat der Gatte Vertrauen zum Ehegatten, obwohl deren Gatte zurückgekehrt ist, oder nicht; zum Entschluss hierüber genügen sechs Monate. Gleichfalls ist richtig der Ausschluss der Anfechtung im Falle der Bestätigung, weil sie schliesslich kein Spiel ist, bei dem wir unsere Entschlüsse stets ändern können. Betreffs der Zeitrechnung finden Anwendung § 187 I und 188 II, III BGB. Diese Zeitrechnung entspricht unserem bestehenden Rechte und Entwurf. Bei dem Nichtigkeitsprozess kommt die Zeit nicht in Frage, weil er bis

---

[215]) S. 825.

zur Auflösung der Ehe angestrengt werden kann (1329 BGB.; ung. E. G. § 49). Ich halte die im § 1351 enthaltenen Bestimmungen nicht für richtig, dass nämlich, wenn der Ehegatte des Verschollenen auf Grund des § 1350 seine neue Ehe anficht, dieser so betrachtet werden soll, wie wenn seine neue Ehe geschieden und er allein schuldig wäre, so dass er nach § 1578—1582 Unterhalt zu gewähren verpflichtet ist. Dieser Paragraph wird dadurch gemildert, dass er den Anspruch auf Unterhalt schon dann ausschliesst, wenn der andere Gatte bei der Eheschliessung wusste, dass der für tot Erklärte die Todeserklärung überlebte; also ist das Wissen vom Leben bei der Eheschliessung nicht nötig, wie im Falle des § 1350. Ich sehe keine Billigkeitsrücksichten, welche den Gesetzgeber hätten veranlassen können, die Bestimmungen des § 1351 BGB. zu treffen.[216] Dagegen schreibt das BGB. die Unterhaltspflicht nicht vor, wenn die anfechtende Partei nicht der Ehegatte des Verschollenen, sondern sein neuer Ehegatte ist. Hier wäre dies noch unbegründeter, weil die Unterhaltung gewöhnlich den Verschollenen trifft. Es ist wahr, die Wahl steht dem Ehegatten des Verschollenen zu, aber wichtige ethische Gründe rechtfertigen dies. Es ist unbillig für den Ehegatten Unterhalt zu fordern, denn er muss schon bei der Eheschliessung mit diesem Umstande rechnen. Er erfährt gewöhnlich von der früheren Ehe seines Ehegatten. Abgesehen davon, dass die Parteien sich für die persönlichen Verhältnisse schon im voraus interessierten, erfährt er es vor dem Standesbeamten. Wie diese Unterhaltspflicht auch in den anderen Fällen der Anfechtbarkeit, resp. des Irrtums nicht Platz greifen kann, so auch hier nicht. Man darf nicht ausser Acht lassen, dass die Unterhaltspflicht sehr drückend ist. Der allein für schuldig erklärte Ehegatte muss der geschiedenen Frau einen ihrer gesellschaftlichen Stellung entsprechenden Unterhalt gewähren, insoweit, als das Einkommen ihres eigenes Vermögens und — wenn die Frau irgend eine Beschäftigung treibt — das Einkommen hieraus nicht genügt, um den während der Ehe vorhandenen Verhältnissen entsprechend zu leben. Dieser Anspruch ist auch ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch und unterliegt sowohl in materieller, als in prozessrechtlicher Hinsicht dessen Vorschriften.

---

[216]) S. Denkschrift S. 188 etc.

Betreffs des Anspruchs auf Unterhalt ist zu bemerken, dass er in Verbindung mit der Ehescheidungsklage auch nicht als Widerklage geltend gemacht werden kann; der Grund ist, dass das Verfahren in Eheprozessen von dem in anderen Zivilprozessen abweicht.[217]) Der Ausschluss dieser Verbindung ist ex officio zu berücksichtigen. § 691 unseres Prozessordnungsentwurfes gestattet die Nichtigkeits-, Anfechtungs- und Scheidungsklagen mit den aus der Ehe entspringenden vermögensrechtlichen Klagen zu verbinden und in demselben Verfahren durch Widerklage geltendzumachen, also auch dann, wenn ihre Geltendmachung sonst in den Wirkungskreis der Amtsgerichte gehören würde. Aber dieser Paragraph berührt nicht die Geltendmachung derjenigen Ansprüche, die bei der Ehetrennung oder Scheidung in Bezug auf den Unterhalt der Frau und auf die Unterbringung und den Unterhalt der Kinder auftauchen und welche nach den §§ 90—96 und 105 E. G. in dem trennenden, bezw. scheidenden Urteil auch ohne eine besondere Klage oder Widerklage zu erledigen sind, bezw. erledigt werden können. Ausdrücklich weist § 699 darauf hin. Dieser Paragraph bezieht sich also auf die übrigen Vermögensansprüche, nämlich auf die Herausgabe der Mitgift, des Miterwerbes, welche nach unserem bestehenden Verfahrensmassnahmen in Verbindung mit der Frage der Ehe zu verhandeln und zu entscheiden sind. Unser Prozessordnungsentwurf nimmt also das Mittelmass zwischen dem d. BGB. und unserem bestehenden Recht, weil die Verbindung dieser Ansprüche im ersteren ausgeschlossen, im letzteren obligatorisch ist. Unser Entwurf berücksichtigt das Interesse der Parteien, dass all die zwischen ihnen obwaltenden Fragen mit der Aufhebung der Ehe erledigt werden sollen, aber andererseits werden die Vermögensprozesse die Erledigung der Eheprozesse aufhaben, und wer ausserdem in den Eheprozessen handlungsfähig ist, braucht diese Eigenschaft in den Vermögensprozessen nicht unbedingt zu haben. Wir müssen aber auch das in Betracht ziehen, dass die Vermögensklage in der Regel erst nach der Aufhebung der Ehe entsteht und dass sie demgemäss im Eheprozesse nur eventuell zu verhandeln ist.[218])

Der § 1351 des BGB. wird dadurch gemildert, dass er nur in

---

[217]) § 615.
[218]) S. die Motive S. 450.

den seltensten Fällen praktisch wird, weil der Verschollene gewöhnlich der Mann ist; die Unterhaltspflicht der Frau beschränkt sich nach dem § 1578, Abs. II hingegen auf den Fall, dass der Mann zum Selbstunterhalt unfähig ist. Ohne den § 1351 würde sich das Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten nach den §§ 1345 und 1347 richten. Nämlich, wenn beide Parteien gutgläubig sind, treten auch nach dem § 1345[219]), auch bei den vermögensrechtlichen Verhältnissen der Ehegatten nur die Rechtsfolgen der Nichtigkeit ein, also würden die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung und die Geschäftsführung ohne Auftrag angewandt werden. Der Anspruch auf Unterhalt soll als Ersatz für die durch die Aufhebung der Ehe entstehenden Nachteile dienen und ist nur in dem Falle gegeben, wenn der Ehegatte des Verschollenen das im § 1350 ihm zustehende Recht benutzt. Für die Unterhaltspflicht der Ehegatten ist der § 1608 ausdrücklich massgebend, nämlich, wenn der Ehegatte ohne den seiner Stellung entsprechenden Unterhalt zu gefährden, unter Berücksichtigung seiner übrigen Verpflichtungen, seinen Ehegatten zu unterhalten nicht im Stande ist, so sind die Verwandten vor dem Ehegatten verpflichtet. Wenn mehrere Unterhaltsberechtigte vorhanden sind und der zum Unterhalt Verpflichtete all diese zu unterhalten unfähig ist, so geht der Ehegatte dem volljährigen oder verheirateten Kinde und den übrigen Verwandten in der Geltendmachung der Ansprüche auf Unterhalt vor (§ 1609, Abs. II). Gleichfalls ist hier zu bemerken: wenn der allein für schuldig erklärte Ehegatte verpflichtet ist, etwaigen minderjährigen und unverheirateten Kindern oder im Falle einer neuen Eheschliessung seinem neuen Ehegatten Unterhalt zu gewähren (wir müssen das per analogiam auf unseren Fall ausdehnen), so beschränkt sich seine Verpflichtung dem geschiedenen Ehegatten gegenüber auf dasjenige, was hinsichtlich der Bedürfnisse und der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Interessierten der Billigkeit entspricht.[220]) Unser Ehegesetz kennt keine Unterhaltspflicht der schuldigen Frau gegenüber dem erwerbsunfähigen Manne, andererseits aber geht es bei der Unterhaltspflicht des Mannes nicht so weit, wie das

---

[219]) Dieser gibt Massnahmen nur im Falle der Schlechtgläubigkeit seitens der einen Partei, abweichend von der Nichtigkeit.

[220]) § 1579, Abs. II.

d. BGB. § 1578. Bei uns nämlich hat der für schuldig erklärte Mann die unschuldige Frau seiner Vermögensanlage und seiner gesellschaftlichen Stellung gemäss zu unterhalten, soweit als das Einkommen der Frau ungenügend ist; hier fällt also der Ertrag der Arbeit weg, den das GBB. in § 1578 erwähnt (E. G. § 90). Ferner besteht die Bestimmung der Erhöhung des Unterhaltes in den Fällen, in denen der notwendige Unterhalt infolge der ökonomischen Lage des Mannes nicht festzustellen war und diese sich inzwischen verbesserte, oder wenn solche Einkünfte der Frau bei dem Unterhalt gerechnet wurden, welche sie schuldlos verlor (§ 91).

Wenn der für tot Erklärte noch lebt, aber seine Ehe infolge der neuen Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten aufgelöst wurde, so gelten bezüglich der Sorge für die Person der Kinder dieselben Normen, als wenn die Ehe infolge der Schuld beider Parteien geschieden wäre (BGB. § 1637.[221]) Also für die noch nicht 6jährigen Kinder hat die Mutter, für einen mehr als 6jährigen Sohn der Vater zu sorgen, insofern das Vormundschaftsgericht im Interesse der Kinder nicht abweichende Bestimmungen trifft. Aber auch diejenige Partei, welcher die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, hat ein Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde. Die Unterhaltungspflicht trifft in erster Linie den Vater, mit Ausnahme, wenn die Mutter die Nutzniesserin des Vermögens des Kindes ist. Doch in unserem Falle ist die Mutter verpflichtet, zum Unterhalt des gemeinsamen Kindes von ihrer Einnahme verhältnismässig beizutragen, da die Normen des § 1585 massgebend sind. Wenn demgemäss auch die Unterhaltspflicht des gemeinsamen Kindes den Mann trifft, aber die Nutzniessung des Kindesvermögens die Ausgabe für den Unterhalt nicht deckt, so ist die Frau verpflichtet, aus dem Einkommen ihres Vermögens, dem Ertrage ihrer Arbeit oder ihres selbständig betriebenen Geschäftes einen entsprechenden Betrag zum Unterhalt beizugeben. Wenn die Sorge für die Person des Kindes der Frau zukommt und die wesentliche Gefährdung des Unterhaltes der Kinder zu befürchten ist, darf die Frau ihren Beitrag behufs des Unterhalts des Kindes zur eigenen Verwendung zurückhalten. Die Ausdehnung dieser Massnahme des BGB. auf unseren Fall hängt damit zusammen, dass

---

221) § 1637.

es die durch eine neue Ehe herbeigeführte Auflösung der früheren Ehe im Falle der Todeserklärung mit der Scheidung identifiziert, in diesem Falle aber wird der § 1585 wohl angewandt werden ohne Rücksicht auf die Schuld oder Unschuld der Frau. Die Verfasser des BGB. wurden von dem richtigen Gedanken geleitet, dass die Scheidung in der Unterhaltspflicht der Kinder eine Aenderung nicht veranlassen kann, da der Grund der Pflicht nicht die Ehe, sondern die Verwandtschaft ist, und so belasteten sie damit auch im Falle der Scheidung in erster Linie den Vater. Aber deshalb, weil während des Zusammenlebens der Ehegatten die Nutzniessung des Vermögens der Frau dem Manne zusteht, ferner, weil die Frau das Einkommen ihrer Arbeit zu den Lasten der Ehe ordnungsmässig beiträgt, wäre es nicht angebracht gewesen, die unschuldige Frau im Falle der Scheidung zu belasten. Man darf nicht vergessen, dass sie jetzt in höherem Masse auf Selbstunterhalt angewiesen ist, ihr Anspruch auf Unterhalt ist wohl sehr gering. Das ist wahr, dass das Mass festzustellen dem Ermessen des Richters überlassen ist, aber die Idee ist unrichtig. Man darf das Interesse des Kindes dem der Mutter nicht vorziehen und die Lasten des schuldigen Mannes nicht erleichtern. Die Anwendung des § 1352 ist nur dazu praktisch, wenn der Verschollene lebt, sonst kommt § 1606 zur Anwendung. Wenn die neue Ehe aufgelöst wird, so muss die rechtliche Lage der Kinder aus dieser Ehe durch die §§ 1699—1704 festgestellt werden.[222]) Das leitende Prinzip des d. BGB. bezüglich solcher Kinder ist, dass sie als ehelich betrachtet werden, vorausgesetzt, dass die Eltern bei der Eheschliessung keine Kenntnis von der Nichtigkeit gehabt haben; Der Standpunkt des ung. Rechts ist derselbe. Dieses Prinzip ist aus dem kanonischen Rechte übernommen.[223]) Wir haben in unserem Ehegesetze keine den §§ 1352 bezw. 1637 des d. BGB. entsprechende Massnahme. Aber wir können die Normen per analogiam feststellen. Auf den Unterhalt der Kinder möchte ich den § 95, Abs. 4 des Ehegesetzes anwenden, der im Falle der Scheidung der Ehe, unabhängig von der Schuld der Parteien, wenn das Einkommen der Kinder zu ihrem Unterhalte ungenü-

---

[222]) Buch IV. Abschnitt II, Titel 5: Die rechtliche Stellung der Kinder aus der nichtigen Ehe.

[223]) L. c. 2, 8, 14, 15, X, 4, 17.

gend ist, beide Eltern ihrem Einkommen gemäss gleichmässig belastet. Was die Sorge für die Person der Kinder betrifft, würde ich die Sache so beurteilen, als wenn beide Eltern schuldig wären, unberührt lassend — entsprechend den §§ 96 und 97 — das Recht des Vormundschaftsgerichtes, abweichend zu bestimmen, ebenso wie unser Gesetz auch die Putativehe nicht normiert, und doch sind wir nicht ohne Normen. Die gutgläubige Frau hat nach unserer Rechtspraxis nach der Ungiltigkeitserklärung der Ehe Anspruch auf Unterhalt (Nr. 741/1903 Urteil der Curie). Es ist aber zweifellos, dass die Frau im Falle der Gutgläubigkeit des Mannes keinen Unterhalt zu fordern berechtigt ist, weil die Unterhaltspflicht auch im Falle der Ehescheidung nur den schuldigen Mann trifft. Eine so wichtige Ausnahme von dem § 46, Abs. 2, bezw. § 67, Abs. 2 müsste ausdrücklich erwähnt werden, wenn sie wirklich vorhanden wäre.[224]) Aber insoweit der Unterhalt der Frau unsicher ist, muss ihn der Mann auf Verlangen sichern (§ 90).

Auch bezüglich der Kinder aus der Putativehe sind die Massnahmen der §§ 95—97 zweifellos wirksam, weil diese eheliche Kinder sind und als solche beide Eltern beerben. Während das Tripartitum nur für den Fall der Schwägerschaft und der Blutsverwandtschaft die Putativehe anerkannte, wenn beide Parteien gutgläubig gewesen sind, erstreckt unser heutiges Gewohnheitsrecht sie auf Grund der gerichtlichen Praxis auf alle auflösenden Hindernisse und auch die Gutgläubigkeit nur der einen Partei begründet die Putativität der Ehe.[225])

Auch der Standpunkt unseres Entwurfes, dass auch die Gutgläubigkeit der einen Partei schon die Putativehe begründet, ist ausdrücklich im § 186, Abs. 2 ausgesprochen, wonach das Kind auch im Falle der Ungiltigkeit der Ehe ehelich ist, ausgenom-

---

[224]) a. A. Raffay c. W. S. 267.

[225]) Tripartitum Teil I, Titulus 106 und 108:

Item si inter virum et uxorem propter consanguinitatem vel affinitatem ignoratam, divortium factum fuerit, tunc foemina tam dotemquam res paraphernales a viro rehabebit: soboles etiam ipsorum procreatae in bonis et iuribus utrorumque parentum possesionariis, iure successioris permanebunt. . 106. Inde sequitur: quod ignorantia in hac parte legitimas, scientia vero illegitimas ad successionem bonorum immobilium utrorumque parentum proles generat atque producit et illegitimas proles, quantum ad successionem praedictam 108...

men, wenn die Eltern bei der Eheschliessung vom Grunde der Ungiltigkeit wussten, oder wenn die Ehe infolge eines Formmangels nichtig ist. Diese Institution ist hauptsächlich von dem Gesichtspunkt der Humanität aus erforderlich, obwohl sie auch vom streng dogmatischen rechtlichen Gesichtspunkt aus gerechtfertigt werden kann.[226]) Das deutsche BGB. enthält eine ähnliche Massnahme (§ 1699). Unser Entwurf ist nicht so weitgehend, wie der § 1701 des d. BGB., nach welchem dem Vater bei Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe die väterlichen Rechte nicht zukommen, die elterliche Gewalt der Mutter gebührt; aber § 254 unseres Entwurfes spricht aus, dass der Vater von seinem Kinde aus der ungiltigen Ehe keinen Unterhalt zu verlangen berechtigt ist, wenn er bei der Eheschliessung von deren Nichtigkeit wusste. Das ist wohl richtig, dass das Gesetz die Schlechtgläubigkeit nicht honoriert. Gleichfalls richtig ist der § 186, Abs. 3 unseres Entwurfes, nach welchem die gezwungene Partei so behandelt wird, als wenn sie von der Ungiltigkeit bei der Eheschliessung keine Kenntnis gehabt hätte.[227]) Unser Entwurf hebt das auch beim § 254 hervor. Andererseits halte ich die Massnahme des d. BGB. für sehr heilsam, dass das Kind — wenn es deshalb unehelich ist, weil seine Eltern bei ihrer Eheschliessung von der Nichtigkeit ihrer Ehe Kenntnis hatten — doch wie ein eheliches Kind Unterhalt von seinem Vater verlangen kann, solange er lebt. Wenigstens so viel Ersatz soll das unschuldige Kind erhalten. Dieser Fall ist jedoch nicht so zu behandeln, wie die Geburt ausser der Ehe. Diese Massnahme sollte auch in unser künftiges Gesetzbuch aufgenommen werden. Auch praktische Gründe befürworten das. Nämlich: setzen wir voraus, dass die Ungiltigkeitserklärung der Ehe erst nach Jahren geschieht, in welchem Falle die Kinder den gewohnten Unterhalt entbehren müssten. Aber andererseits ist es kaum denkbar, dass der Vater bloss um sich den Unterhalt herabzusetzen, die eigene und die Schlechtgläubigkeit der Frau enthüllen würde, um dadurch seine Kinder unehelich zu machen.[228]) Es ist nicht ohne Interesse, dass der erste d. Entwurf das Kind aus der nichtigen Ehe auch im Falle der Bösgläubigkeit beider Parteien als ehelich

[226]) Motive B. I, S. 256.
[227]) S. gleichfalls d. BGB. § 1704.
[228]) S. Protokoll B. IV, S. 668.

betrachtete (§ 1567). Die Idee ist nicht zu verwerfen. Die putative Ehe ist nicht bloss im Ungiltigkeitsprozesse, sondern auch incidenter festzustellen. Die Schlechtgläubigkeit der Parteien muss der beweisen, der sein Recht darauf stützen will. Die sich an die putative Ehe anknüpfenden Rechtswirkungen bilden also von den §§ 46 und 67, Abs. II eine Ausnahme, wonach die nichtige oder anfechtbare Ehe nach der Nichtigkeitserklärung, bezw. die anfechtbare Ehe nach erfolgter Auflösung oder Ungiltigkeitserklärung oder Anfechtung mittelst Anmeldung so betrachtet werden muss, als wenn sie nicht geschlossen worden wäre. Nicht so der § 1343, Abs. I des d. BGB. Unser Entwurf im § 251 verpflichtet beide Eltern im Falle der gesetzlichen Trennung ihrem Vermögen entsprechend verhältnismässig für den Unterhalt der Kinder zu sorgen, er geht also noch weiter, als der § 95 des Ehegesetzes, der das Einkommen als massgebend annimmt. Für das Kind ist unser Entwurf zweifellos günstiger, weil die genannte Vermögenslage der Eltern hier berechnet wird. Ich halte meinerseits das Einkommen für ein sicheres Mass, und auch für ein berechtigteres. Der Ausdruck: «im Verhältnisse seiner Leistungsfähigkeit» ist sehr ungenau; er kann eventuell auch die Aufrechterhaltung des Stammvermögens berühren und zu Unzuträglichkeiten führen.

Die Bestimmungen des d. BGB. bezüglich der Todeserklärung erstrecken sich auch auf den Ausländer, der seinen letzten Wohnsitz im deutschen Reiche hatte, wenn seine zurückgebliebene, bezw. hierher zurückgekehrte Ehefrau Deutsche ist oder bis zur Eheschliessung Deutsche war. In dem Falle ist die Frau berechtigt, die Todeserklärung nach den deutschen Gesetzen zu beantragen. Nach der Todeserklärung ist sie berechtigt, eine neue Ehe einzugehen.

Man muss zum Schluss im deutschen Recht die Uebergangszustände erwähnen. Wenn jemand vor dem Inkrafttreten des d. BGB. für tot erklärt wurde, so kann der zurückgebliebene Ehegatte nach dem Einführungsgesetz eine neue Ehe eingehen, wenn das nach den bisherigen Gesetzen auch nicht möglich gewesen wäre. Soziale und ökonomische Gründe veranlassten diese Ausnahme. Bei der Anwendung der §§ 1348—1352 macht es keinen Unterschied, ob die neue Ehe nach den bisherigen Gesetzen unmöglich wäre, oder ob die Todeserklärung selbst die alte Ehe aufgelöst hätte. Dagegen gibt die «déclaration d'absence» allein

kein Recht zur neuen Eheschliessung, sondern entweder muss man die Scheidung wegen böslicher Verlassung durchführen oder die Todeserklärung nach dem neuen BGB. bewirken (E. G. a. 162).[229])

Die Todeserklärung der Ausländer.

Weder unser bestehendes Recht noch unser Entwurf enthalten Bestimmungen darüber, was geschehen soll, wenn der für tot zu Erklärende kein ungarischer Staatsbürger ist, sei es, dass er es überhaupt nie gewesen ist, oder dass er seine Staatsangehörigkeit ohne Erwerb einer anderen verloren hat.

In unserem bestehenden Rechte werden die Prinzipien des geltenden internationalen Privatrechtes Anwendung finden, und zwar auch bezüglich der Voraussetzungen und Rechtswirkungen der Todeserklärung. Für unsere Frage kommen die folgende Prinzipien in Betracht. Der Personenstand und die Handlungsfähigkeit ist für jeden nach den Gesetzen seiner Heimat zu beurteilen. Für die Rechtsfähigkeit ist das inländische Recht massgebend; auch für die Rechtsfähigkeit gilt das Prinzip, dass die Rechtsregeln eines fremden Rechtsgebietes keine Anwendung finden können, wenn diese die Rechtsfähigkeit in einer Weise regeln oder ausschliessen, welche dem absoluten inländischen Rechte widerspricht. Was das Erbrecht betrifft, so ist folgendes von Bedeutung: auf die Liegenschaften ist die lex rei sitae, auf die unbeweglichen Sachen das heimische Recht des Erblassers anzuwenden, wenn ein internationaler Vertrag oder eine Reciprocität mit dem betreffenden Staate besteht.[230])

Hier will ich noch von den Rechtswirkungen des ausländischen Prozesses in unserem Rechte kurz sprechen, insbesondere im Zusammenhange mit der vorliegenden Frage. Soweit ein Staatsvertrag besteht, ist dieser massgebend. Wir haben nur einen Staatsvertrag, welcher die Wirkungen sämtlicher Civilprozesse anerkennt, und zwar mit Serbien (1882 : XXXII G.-A.). Fehlt ein Staatsvertrag, so ist die Voraussetzung die Reciprocität, welche derjenige beweisen muss, der die Anerkennung des ausländischen Urteils wünscht. Nach unserem Rechte ist

[229]) So auch Niedner c. W., S. 309.

[230]) Vgl. 1894: XVI G.-A. §§ 8, 107—113 Raffay S. 12, Reiner S. 10, Jellinek S. 12 fg.

eine Reciprocität nur mit den Staaten vorhanden, welche unsere Urteile ohne Nachprüfung anerkennen.

Der § 4 des Zwangsvollstreckungsgesetzes vermutet die Reciprocität Oesterreich gegenüber; der Gegner muss beweisen, dass die Reciprocität nicht vorhanden sei. Die Voraussetzung für die Anerkennung des ausländischen Urteils ist, dass das Gericht, von dem das Urteil gefällt ist, nach den Zuständigkeitsbestimmungen des ungarischen Civilprozesses zuständig war (§ 3 c. Zwangsvollstreckungsgesetz). Die durch das ausländische Gericht in Betreff des Personenstandes der ungarischen Staatsbürger gefällten Entscheidungen sind im Inlande nicht vollstreckbar. Das gilt übrigens für alle Entscheidungen, für welche nur das ungarische Gericht zuständig ist. Eine weitere Voraussetzung der Anerkennung ist, dass weder das den Gegenstand des Prozesses bildende Rechtsverhältnis noch die Erfüllungspflicht, die daraus entsteht, gegen ein heimisches gesetzliches Verbot verstossen. Die weiteren Voraussetzungen betreffen unsere Frage nicht.[231])

Der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches gestattete die Todeserklärung nur dann, wenn der für tot zu Erklärende ein deutscher Staatsbürger war. Der a. 9 E. G. des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches enthält keine allgemeine Bestimmung über das für die Todeserklärung massgebende Gesetz; er bestimmt nur, unter welchen Bedingungen das BGB. auf einen Inländer, bezw. auf einen Ausländer Anwendung findet und welche Wirkung die Todeserklärung bei einem Ausländer hat. Diese doppelte Bestimmung hat die Kritik gefordert. Der erste Entwurf enthält in keiner Hinsicht eine Bestimmung.[232])

Wenn die Todeserklärung auf Grund des alten Rechtes erfolgt ist, so ist das alte Recht für das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, massgebend. Nur die Vorschriften des § 1635, Abs. 1, Satz 2, Abs. 2 und des § 1636 des Bürgerlichen Gesetzbuches finden Anwendung (Einfluss der Ehescheidung. Vgl. a. 206 E. G.).

Die Gründe, mit welchen der erste Entwurf seinen Standpunkt rechtfertigen will, dass er nur die Todeserklärung der

---

[231]) Vgl. § 3, 4, 5, Zwangsvollstreckungsgesetz.

[232]) Die Regelung der Todeserklärung enthalten §§ 13—19 BGB., §§ 158—162 E. G. und §§ 960—976 der d. C. P. O.

deutschen Staatsbürger gestattet, sind nicht stichhaltig:[233]) nämlich, dass der fremde Staat das durch das deutsche Gericht nach den deutschen Gesetzen gefällte Urteil nicht anerkennen wird; ferner dass es vorkommen kann, dass der Verschollene in einem Rechtsgebiete früher, in dem anderen später für gestorben gilt. Das BGB. trifft mit der Zulassung der beschränkt wirksamen Todeserklärung der Ausländer das Richtige, weil auch deren inländische Rechtsverhältnisse einer Regelung bedürfen, und wenn sie nach dem inländischen Rechte zu beurteilen sind, dann muss man die Todeserklärung mit dieser partiellen Wirkung gestatten. Nach a. 9 E. G. hat die Todeserklärung eine vollständige Wirkung, wenn der Verschollene bei dem Beginne der Verschollenheit ein Deutscher war. Das ist auch zweckmässig, weil es unmöglich zu beweisen ist, ob die Staatsangehörigkeit des Verschollenen erhalten geblieben ist oder nicht. Nach dem ersten Entwurfe musste, wie wir sahen, die Staatsangehörigkeit auch noch bei der Fällung des Urteils bestehen; denn nach § 5 konnte nur ein verschollener Deutscher für tot erklärt werden. Wenn also der Verschollene nach seiner Verschollenheit die Staatsangehörigkeit verloren hat und das Gericht diesen Umstand im Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht kannte, dann ist das Urteil anfechtbar, sobald sich später der Verlust der Staatsangehörigkeit herausstellt. Diesem ungesunden Zustand beugt der a. 9 E. G. vor. Wenn der Ausländer nach der Verschollenheit die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt, so treten doch trotz Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung die Wirkungen der nach dem BGB. erfolgten Todeserklärung uneingeschränkt in Kraft. Argumentum a maiori ad minus. Wenn die nach dem BGB. erfolgte Todeserklärung selbst dann mit vollständiger Wirksamkeit Platz greift, wenn die Staatsangehörigkeit zweifelhaft ist, umsomehr muss das dann der Fall sein, wenn sie gewiss ist[234]); ohne den a. 9 wäre die Todeserklärung des Verschollenen erheblich erschwert, weil der a. 7 E. G. für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit das Staatsangehörigkeitsprinzip ausspricht. Auch wenn gewiss ist, dass der Verschollene bei dem Beginne der Verschollenheit ein Deutscher war, ist es fraglich, ob er seine Staatsbürger-

---

[233]) Bd. I, S. 36.

[234]) Vgl. Planck Bd. VI, S. 37.

schaft nicht seitdem verloren hat. Es ist ferner richtig, dass der a. 9 von dem Wohnorte ganz absieht. Denn wenn der deutsche Staatsbürger sich an das deutsche Gericht wenden müsste, so würde dieser Umstand die Todeserklärung eventuell illusorisch machen: es ist ja sehr wohl möglich, dass das ausländische Recht die Todeserklärung überhaupt nicht kennt, so z. B. das englische, das nordamerikanische Recht.

Wenn der Verschollene bei dem Beginne der Verschollenheit ein Deutscher war, dann ist die nach dem BGB. erfolgte Todeserklärung auch für diejenigen Verhältnisse wirksam, welche nach dem ausländischen Rechte beurteilt werden, z. B. für die Beerbung eines Ausländers (a. 25 E. G.). Diese Ausnahmebestimmung wird durch Zweckmässigkeitsgründe gerechtfertigt. Es ist wohl möglich, dass das ausländische Recht die Todeserklärung nicht kennt, oder das ausländische Gericht für die Todeserklärung sich zwar nicht für zuständig hält, weil der Verschollene seinen Wohnort nicht dort gehabt hat, aber doch die Todeserklärung verlangt.

Wenn der Verschollene bei dem Beginne der Verschollenheit einem fremden Staate angehörte, so kann er im Inlande nach den deutschen Gesetzen mit Wirkung für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche sich nach den deutschen Gesetzen bestimmen, sowie mit Wirkung für das im Inlande befindliche Vermögen für tot erklärt werden, selbst wenn das ausländische Recht das forum rei sitae nicht bestimmt, wie das englische Recht. Bei dieser ausnahmsweisen Massnahme wurden die inländischen Erben besonders berücksichtigt, welchen es eventuell Schwierigkeiten bereiten kann, die Todeserklärung nach dem ausländischen Gesetze durchzuführen; abgesehen davon, dass das ausländische Recht die Todeserklärung eventuell nicht kennt, oder das ausländische Gericht seine Unzuständigkeit ausspricht, oder den Antragsteller nicht für berechtigt anerkennt, verursacht die Todeserklärung im Auslande grosse Kosten.[235]) Daraus aber, dass der Ausländer nach den deutschen Gesetzen mit Wirkung für das im Inlande befindliche Vermögen für tot erklärt werden kann, folgt noch nicht, dass auch für die Person der Erben das deutsche Gesetz massgebend ist. Der Erbe wird durch dasjenige Gesetz bestimmt, welches auf die Erb-

[235]) Protokoll Bd. VI, S. 22.

folge anzuwenden ist. Dadurch kann eine Kollision entstehen, nämlich wenn nach der inländischen und der ausländischen Todeserklärung der Zeitpunkt des Todes verschieden ist. Dann wird eventuell eine andere Person für das im Auslande befindliche Vermögen der Erbe sein und eine andere für das im Inlande befindliche; dadurch, dass das Vermögen nach der Todeserklärung in das Ausland gebracht wird, entsteht jedoch keine Aenderung.

Da die Todeserklärung eines Ausländers nur die erwähnte beschränkte Wirkung hat, so ist sie nur zulässig, wenn entsprechende Rechtsverhältnisse oder inländisches Vermögen vorhanden sind. Mithin hat der Antragsteller diese Umstände als die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen vor der Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen (§ 963 C. P. O.) und das Gericht hat, bevor es die Todeserklärung ausspricht, das Vorhandensein derjenigen Rechtsverhältnisse, welche sich nach den deutschen Gesetzen bestimmen, sowie den Zustand des im Inlande befindlichen Vermögens festzustellen (§§ 968, 970 C. P. O.). Da finden auch die Vorschriften des § 2369, Abs. 2 des BGB. entsprechende Anwendung. Hier heisst es: Ein Gegenstand, für den von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird, gilt als im Inlande befindlich. Ein Anspruch gilt als im Inlande befindlich, wenn für die Klage ein deutsches Gericht zuständig ist.

Die beschränkt wirksame Todeserklärung setzt voraus: die Anwendbarkeit des deutschen Gesetzes, oder das im Inlande befindliche Vermögen. Beide Umstände fallen oft zusammen, aber das ist nicht unbedingt notwendig. So sind für das eheliche Güterrecht die Gesetze desjenigen Staates massgebend, dessen Staatsbürger die Parteien zur Zeit der Eheschliessung waren, doch das eheliche Güterrecht wird unbedingt nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschliessung ein Deutscher war (E. G. a. 15, Abs. 1). Obzwar die Aenderung der Staatsbürgerschaft die Anwendung dieses Satzes nicht ausschliesst, so treten ihr zufolge doch solche Vorschriften des auf das eheliche Güterrecht massgebenden Gesetzes ausser Kraft, nach welchen die Ehegatten den bereits geschlossenen Ehevertrag nicht ändern können. Dasselbe gilt

von den Normen, die bestimmen, dass nach der Eingehung der Ehe kein Ehevertrag geschlossen werden darf.[236]) Für das eheliche Güterrecht bleibt das deutsche Gesetz massgebend, wenn die Partei ihre Staatsangehörigkeit später auch verliert. Anders im Erbrechte. Da werden die Gesetze ihrer neuen Heimat massgebend sein, auch wenn die Partei nach Deutschland zurückkehrte (E. G. a. 25).

Es fragt sich, ob das durch ein ausländisches Gericht nach dem ausländischen Rechte über einen Ausländer oder über einen Deutschen gefällte Urteil anerkannt wird oder nicht. Was die Todeserklärung eines Deutschen betrifft, so wird sie nicht anerkannt. In dieser Beziehung hat keine Beschränkung einzutreten. Das ausländische Urteil hat also auch in betreff derjenigen Rechtsverhältnisse keine Wirkung, welche sich nach den ausländischen Gesetzen bestimmen. Das Grundprinzip der Todeserklärung ist, dass das Gesetz der Heimat des Verschollenen massgebend ist. Das ist auch richtig, weil auf die Rechtsfähigkeit überhaupt die heimischen Gesetze anzuwenden sind. Die Rechtsfähigkeit endigt mit dem Tode. Nach dem § 18, Abs. 1 des BGB. begründet die Todeserklärung die Vermutung, dass der Verschollene in dem Zeitpunkte gestorben sei, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist. Für unsere Ansicht ist ein Beweis auch der § 961, S. 1 C. P. O., nach welchem für die Todeserklärung dasjenige Gericht für zuständig erklärt ist, in dessen Bezirke der Verschollene den letzten inländischen Wohnsitz hatte.[237]) Nicht aber enthält der § 328 der C. P. O. den Grund für unsere Ansicht, weil er auf die Todeserklärung nicht ausdehnbar ist. Die Gegner stützen sich auf die Protokolle (Bd. 6, S. 8).

Die Kommission nämlich hielt es für wünschenswert den Absatz 2 des a. 9 E. G. auf die Inländer auch bezüglich derjenigen Rechtsverhältnisse, welche sich nach den ausländischen Gesetzen bestimmen, und auf das im Auslande befindliche Vermögen auszudehnen. Aber trotzdem entschied sie sich dann ausdrücklich dafür, die Frage im Gesetze unbeantwortet zu

---

[236]) BGB. 1432—1433 E. G., Art. 200.

[237]) Vgl. Niemeyer S. 33 fg., Barazetti S. 32 fg., Zitelmann S. 109 a. A., Niedner S. 29, Cosack S. 68, Planck Bd. VI, S. 169, Staudinger—Wagner Bd. VI, S. 20.

lassen. Uebrigens ist der Wille der Kommission nicht entscheidend. Auch aus der Formulierung des a. 9 Abs. 1 kann man kein Argument gegen uns schmieden. Darin, dass das Gesetz sich so ausdrückt «kann nach den deutschen Gesetzen für tot erklärt werden», liegt noch nicht, dass es die Wirkung des ausländischen Urteils anerkennt. (a. A. Niedner S. 29.) Die Frage hat praktische Bedeutung, wenn es streitig wird, ob der Verschollene selbst Erbe ist. Cosack geht übrigens soweit, dass er hinsichtlich der sich nach den ausländischen Gesetzen bestimmenden Rechtsverhältnisse, bezw. des im Auslande befindlichen Vermögens nur dem ausländischen Urteile Wirkung beilegt. Die Wirkung des deutschen Urteils schliesst er in diesen Beziehungen ganz aus. Was die Ausländer betrifft, so ist für sie das ausländische Urteil selbst in Ansehung derjenigen Rechtsverhältnisse wirksam, welche sich nach den deutschen Gesetzen bestimmen,[238]) bezw. auf das in Deutschland befindliche Vermögen. Selbstverständlich ist, dass das Urteil des deutschen Gerichtes in erster Linie massgebend ist; auch die ratio des a. 9 Abs. 2 des E. G. spricht für uns; nämlich der Gesetzgeber bezweckte damit nur, dass auch für die erwähnten Rechtsverhältnisse die Todeserklärung möglich sei. Vorausgesetzt wird hierbei, dass das ausländische Recht die Todeserklärung nicht kennt, oder dass sie nach ausländischem Recht auf Schwierigkeiten stösst.[239]) Nach Staudinger—Wagner (Bd. VI, S. 27) ist es zweifelhaft; aber er neigt dazu, diese Frage zu bejahen. (a. A. Niemeyer, Barazetti, L. c., Planck Bd. VI, S. 178, Cosack S. 69.) Die ohne Todeserklärung nach den ausländischen Gesetzen eintretenden gesetzlichen Fictionen und Vermutungen sind jedoch in betreff der sich nach den deutschen Gesetzen bestimmenden Rechtsverhältnisse nicht wirksam.[240])

Es ist zu billigen, dass die deutschen Gesetze auf die Ausländer nur beschränkt angewandt werden, weil es ein Grundprinzip sein muss, dass für die persönlichen Rechtsverhältnisse die heimischen Gesetze massgebend seien. Die Praxis und die Theorie haben dieses Grundprinzip als richtig anerkannt, und es ist auch in den modernen Rechten herrschend, wenn auch

---

[238]) Z. B. Beerbung eines Deutschen E. G., Art. 24.

[239]) Vgl. Zitelmann S. 110, Niedner S. 29, Crome Bd. I, S. 144.

[240]) Niedner S. 29.

der Wortlaut des Gesetzes das Gegenteil folgern liesse, wie im österreichischen Gesetzbuche, in dem die Rechtswissenschaft dieses Prinzip zur Geltung brachte. Man darf sich nicht auf den Boden des territorialen Prinzips stellen; das wäre ein Rückschritt, anderseits ginge auch das Ausland im Wege der Retorsion den Inländern gegenüber so vor. Hinwiederum darf man die Gegenseitigkeit für die Anwendung des ausländischen Gesetzes nicht als eine Voraussetzung vorschreiben, weil das nur Beweisschwierigkeiten herbeiführte und dieselbe Vorschrift seitens des ausländischen Rechts für die Inländer veranlassen würde. Bei der Abfassung des deutschen BGB. wurde ein Antrag gestellt, dass die Ausländer, die im Inlande gewohnt, bezw. beständig sich aufgehalten haben, — insofern die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist — nach den deutschen Gesetzen für tot erklärt werden müssen. Als Beweggrund wurde angeführt, dass die Gegenseitigkeit dadurch besser gesichert werden kann, anderseits dass den Ausländern kein Vorzug gegeben würde, wenn ihre Heimat dem Inländer gegenüber gleicherweise vorgeht; ferner dass diejenigen, die mit solchen Ausländern in ein Rechtsverhältnis treten, nicht wissen können, dass er ein Ausländer ist, weil der Mittelpunkt ihrer Tätigkeit im Inlande ist. Der a. 9 E. G. zieht diesen Umstand in Betracht.

Eine sehr richtige Bestimmung enthält der Abs. 3 a. 9 des E. G. Wenn nämlich ein verschollener ausländischer Ehemann seinen letzten Wohnsitz im Inland hatte und die im Inlande zurückgebliebene oder dahin zurückgekehrte Ehefrau Deutsche ist oder bis zu ihrer Verheiratung mit dem Verschollenen Deutsche gewesen ist, so kann auf ihren Antrag der Verschollene im Inlande nach den deutschen Gesetzen ohne jede Beschränkung für tot erklärt werden.

Der zurückgebliebenen Ehefrau das Eingehen einer neuen Ehe zu erleichtern bezw. zu ermöglichen, war der ausschlaggebende Grund für diese Ausnahmebestimmung. Die Eingehung der Ehe wird in Ansehung der Ehefrau eines nach a. 9, Abs. 3 für tot erklärten Ausländers nach den deutschen Gesetzen beurteilt.[241]) In solchem Falle hat die Todeserklärung vollständige Wirkung. Gleichmässig wirkt sie auf diejenigen Rechtsverhältnisse, auf welche das deutsche Gesetz anwendbar,

---

[241]) E. G. Art. 13, Abs. 2.

und auf diejenigen, für welche das ausländische Gesetz massgebend ist. Wenn die Todeserklärung des Ausländers nicht nach a. 9 Abs. 3 erfolgt ist, so wird die Eingehung der Ehe nach den heimischen Gesetzen der Verlobten beurteilt.

Die Vorschriften des BGB. finden Anwendung, wenn ein Deutscher seine Staatsangehörigkeit verloren und keine neue erworben hat. Wenn eine Person keinem Staate angehört, werden ihre Rechtsverhältnisse, soweit die Gesetze des Staates, dem eine Person angehört, für massgebend erklärt sind, nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person zuletzt angehört hat, und wenn sie auch früher einem Staate nicht angehört hat, nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Wohnsitz und in Ermangelung eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat oder zu der massgebenden Zeit gehabt hat.[242])

Uebergangsvorschriften.

Wenn die Todeserklärung bereits vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgt ist, dann bestimmen sich die Rechtswirkungen nicht nach den Vorschriften des BGB., sondern nach den bisherigen Gesetzen, soweit sich nicht aus den Artikeln §§ 159, 160 ein anderes ergibt (a. 158 E. G.). Aus Billigkeitsgründen wurde bestimmt: wenn ein Verfahren zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches anhängig war, das eine Todeserklärung, eine Verschollenheitserklärung oder die Einweisung des mutmasslichen Erben in den Besitz oder Genuss des Vermögens eines Verschollenen zum Gegenstande hat, dann ist es nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen.[243]) Der Zusammenhang zwischen dem materiellen Rechte und dem Verfahren rechtfertigt diese Bestimmung. Die Anhängigkeit des Verfahrens ist nach dem Standpunkte der einzelnen Rechte verschieden, aber jedenfalls muss der Antrag auf Todeserklärung bezw. auf Verschollenheitserklärung eingereicht sein. Wenn das vor dem 1. Januar 1900 nicht geschehen ist, bezw. wenn der Antrag abgewiesen wurde, dann finden die Vorschriften des deutschen BGB bezw. der deutschen C. P. O. Anwendung. In allen diesen Fällen, in denen das Verfahren,

---

[242]) § 29 E. G.

[243]) Planck Bd. VI, S. 258.

bezw. die Todeserklärung nach den alten Gesetzen zu erfolgen hat, werden auch die Rechtswirkungen nach dem alten Rechte beurteilt; so wird auch in Anbetracht des Erbrechtes das alte Recht, nicht das BGB. massgebend sein, wenn der Zeitpunkt des Todes nach dem 1. Januar 1900 festgestellt wird.[244]) Nach Cosack wäre für das Familienrecht das neue Recht, für das Vermögensrecht das alte Recht massgebend.[245]) Die Lebensvermutung nach § 19 BGB. ist wirkungslos, wenn das alte Recht für die Todeserklärung bezw. für die endgiltige Einweisung in den Besitz des Vermögens massgebend ist, weil die im § 19 BGB. enthaltene Lebensvermutung mit dem im § 18, BGB. erwähnten Todeszeitpunkte in engem Zusammenhange steht.[246]) Es ist also nicht unbedingt notwendig, dass der Zeitpunkt des Todes — wenn nur das Verfahren zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs anhängig war — auf einen vor dem 1. Januar 1900 liegenden Zeitpunkt festgestellt ist. Es ist möglich, dass dadurch eine Collision mit dem bestehenden Rechte entsteht, insbesondere in Anbetracht der Erbfolge. Unbegründet ist jedoch die Behauptung Habichts, dass eine Verlegung des Zeitpunktes des Todes in die Zeit vor dem 1. Januar 1900 nur insoweit stattfinden darf, als dies bei Behandlung des Falles nach dem bisherigen Rechte zulässig gewesen wäre.[247]) Die Lebensvermutung und die Todesvermutung können zusammenfallen; denken wir nur an das preussische Recht, in dem die Lebensvermutung bis zur Todeserklärung bestand. Die Schwierigkeit können wir durch die Annahme lösen, dass, wenn der Berechtigte seine sich an die Lebensvermutung knüpfenden Ansprüche geltend gemacht hat, dann die Rückforderung nicht Platz greift, aber wenn er sie noch nicht geltend gemacht hat, er sie nach der Todeserklärung für die nach dem festgestellten Todeszeitpunkte liegende Zeit nicht mehr geltend machen kann, weil der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellte Zeitpunkt als Zeitpunkt des Todes gilt, bis das Gegenteil bewiesen wird; nur dadurch wird die gebundene Vermutung frei. Der innere Widerspruch ist unleugbar, aber das Gesetz können wir nicht korri-

[244]) a. A. Planck S. 262, mit uns Habicht S. 79, 86.

[245]) S. 69.

[246]) Vgl. Planck Bd. VI, S. 262, Habicht S. 89.

[247]) Habicht S. 101, 104.

gieren, und zur Annahme des Gegenteils gibt das Gesetz kein Recht.

Ist vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Verschollenheitserklärung oder die vorläufige Einweisung des mutmasslichen Erben in den Besitz oder Genuss des Vermögens eines Verschollenen erfolgt, so sind die bisherigen Gesetze auch für die Todeserklärung, sowie für die endgiltige Einweisung massgebend. Im Falle der Todeserklärung jedoch mit der in den Art. 159, 160 E. G. erwähnten Ausnahmen.

Nach der Verschollenheitserklärung konnte eine Todeserklärung folgen oder nicht. Auf die Verschollenheitserklärung folgte keine Todeserklärung in Mecklenburg-Schwerin und in Mecklenburg-Strelitz, sowie im Gebiet des französischen und des badischen Rechts. Diesen Ländern war eine Todeserklärung unbekannt.

Der zweite Absatz des a. 161 E. G. ist sehr berechtigt und entspricht auch den allgemeinen Prinzipien. Denn wenn die Verschollenheitserklärung und die Einweisung in den Besitz oder Genuss des Vermögens nach dem alten Rechte erledigt worden ist, so ist es folgerichtig, dass auch die Todeserklärung, die auf diese folgt, nach dem alten Rechte erledigt wird.

Vor dem 1. Januar 1900 gab es drei Rechtsgebiete. Im gemeinen Rechte bestand die Vermutung, dass der Verschollene das siebzigste Lebensjahr nicht überlebte; aber diese Vermutung tritt erst infolge einer Todeserklärung ein. Einzelne particuläre Rechte gestatten schon vorher die Einweisung des mutmasslichen Erben in den Besitz oder Genuss des Vermögens des Verschollenen. Das preussische und das sächsische Recht verlangen eine gewisse Dauer der Abwesenheit. Das französische und das badische Recht kannten die Todeserklärung nicht.

Der Antragsteller ist mit dem Verfahren nach den bisherigen Gesetzen aufzuhören berechtigt, vorausgesetzt, dass alle diejenigen, die vom bisherigen Verfahren Rechte herleiten, zustimmen. Dann kann das Verfahren nach dem BGB. eingeleitet werden.

Bei der Anwendung des Artikels 161 E. G. kommt es nicht in Betracht, ob das Rechtsverhältnis, bei welchem die Todeserklärung in Frage kommt, nach dem BGB. oder nach den bisherigen Gesetzen beurteilt wird. Auf dem Gebiete des

gemeinen Rechtes unterliegt, wenn die Todeserklärung nach dem alten Rechte erfolgt, das Rückforderungsrecht nicht der Verjährung. Auch die Erbfolge tritt nach den bisherigen Gesetzen ein (vgl. a. 213 E. G.). Nach dem Artikel 162 ist von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ab eine Todeserklärung nach dessen Vorschriften zulässig, soweit eine nach den bisherigen Gesetzen erfolgte oder nach Artikel 161, Abs. 2 zulässige endgiltige Einweisung des mutmasslichen Erben in den Besitz oder Genuss des Vermögens des Verschollenen ohne Einfluss auf solche Rechtsverhältnisse ist, auf die sich die Wirkungen der Todeserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch erstrecken. Es ist möglich, dass während der Dauer des Verfahrens auf die endgiltige Einweisung die Todeserklärung mit der erwähnten beschränkten Wirkung nach dem BGB. eingeleitet wird. Wenn die vorläufige Einweisung noch nicht erfolgt ist, so kann der Art. 162 nicht Anwendung finden.[248]) Unrichtig ist Habichts Ansicht, welcher den Art. 162 auch auf den Fall ausdehnen will, dass vor der Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Verfahren nach dem alten Rechte anhängig wurde und das Verfahren auf die Ehe keine Wirkung hatte. Dann wären zwei Todeserklärungsverfahren nach Habicht nebeneinander in Gang gesetzt worden; aber dazu bietet das Gesetz keinen Stützpunkt. Es gestattet vielmehr diese Ausnahme ausdrücklich nur im Falle der endgiltigen Einweisung.[249]) Die Wirkungen der Todeserklärung betreffen diejenigen Rechtsverhältnisse nicht, welche nach den alten Gesetzen durch die endgiltige Einweisung betroffen wurden. Aber die Möglichkeit, eine neue Ehe einzugehen, ist nicht die einzige Wirkung der nach Artikel 162 erfolgten Todeserklärung: sondern sämtliche familienrechtlichen Wirkungen der Todeserklärung treten nach BGB. ein; so werden die folgenden Paragraphen wirksam: §§ 1348—1350, 1420, 1494, 1544, 1679, 1684, 1694, 1878, 1884, 1885, 1895, 1897, 1915, 1921. Zweck des Artikels 162 ist, für den zurückgebliebenen Ehegatten das Eingehen einer neuen Ehe zu ermöglichen. Dieser Artikel ist nämlich eine Ausnahme von den im Artikel 161 ent-

---

[248]) a. A. Planck Bd. VI, S. 263, aber seiner Auffassung widerspricht das Gesetz.

[249]) Vgl. Habicht S. 95.

haltenen Uebergangsvorschriften. Es ist gerecht, dass derjenige ebenso die Vorteile des BGB. geniessen soll, welcher das Verfahren unter den gesetzlichen Voraussetzungen nach dem alten Rechte durchgeführt hat, wie derjenige, der das Verfahren vor der Zeit des Inkrafttretens des BGB. nicht durchgeführt hat. Nur Billigkeits- und Zweckmässigkeitsgesichtspunkte begründen den Artikel 162; formell enthält er einen Widerspruch, weil durch die Anwendung des alten Rechtes der Tatbestand absorbiert ist. Neben die Wirkungen des alten Rechtes die Wirkungen des neuen Rechtes zu reihen und so doppeltes Recht anzuwenden, ist, wenn man sich streng auf formalen Standpunkt stellt, rechtlich eine Absurdität.

Eine Ausnahme von dem Artikel 158 enthält Artikel 159. Hiernach kann der Ehegatte einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs für tot erklärten Person nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine neue Ehe eingehen, auch wenn die Wiederverheiratung nach den bisherigen Gesetzen nicht zulässig sein würde. Zugleich finden die Vorschriften der §§ 1348 bis 1352 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. So ist es auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes, weil hier die Todeserklärung nur auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse wirkte, ferner auf dem Gebiete des sächsischen Rechtes. Diese Ausnahme ist vom ökonomischen und sozialen Gesichtspunkte aus begründet. Aber weil sie nur eine ausnahmsweise Erleichterung bezweckt, deshalb bleibt, wenn die Todeserklärung nach den alten Gesetzen die Aufhebung der früheren Ehe herbeiführte, diese Aufhebung trotz bezw. neben diesem Artikel.[250]) Die Verschollenheitserklärung ist allein nicht genügend für die Anwendung der §§ 1348 bis 1352 des BGB.; in solchem Falle bleibt nichts anderes übrig, als nach dem BGB die Todeserklärung, oder auf Grund böswilliger Verlassung die Scheidung durchzuführen. Ferner: soweit nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs infolge einer Todeserklärung die elterliche Gewalt des Verschollenen (1679), die Vormundschaft (1884), die Pflegschaft (1921 Abs. 3), sowie das Amt als Vormund (1885), Gegenvormund (1895), Pfleger (1915). Beistand (1694) oder Mitglied eines Familienrats (1878)

---

[250]) Vgl. Habicht S. 71, Kuhlenbeck S. 226 a. A., Niedner S. 309, Scherer S. 25.

endigt, sind diese Vorschriften von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches an auch für eine vorher erfolgte Todeserklärung massgebend (a. 160). Diese Ausnahme wird begründet dadurch, dass in diesen Fällen sich eine Gestaltung der Verhältnisse an die Todesvermutung knüpft, welche auch durch den Gegenbeweis nicht betroffen wird.

Wenn auf Grund der bisherigen Gesetze eine Ehe infolge der Todeserklärung eines der Ehegatten aufgelöst ist, so bestimmen sich das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, nach den bisherigen Gesetzen;[251]) die Vorschriften des § 1635 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und des § 1636 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden jedoch Anwendung. Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist. Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt (§ 1635 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2).

Der Ehegatte, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln (§ 1636).

Ueber die rechtliche Natur des Todeserklärungsurteils.

Das Todeserklärungsurteil ist ein Feststellungsurteil, es enthält weder eine Verurteilung noch Abweisung. Obwohl es zu Gunsten des Antragstellers lautet, wie die Leistungsurteile, enthält es trotzdem nicht die Verpflichtung des Prozessgegners, etwas zu erfüllen, was er auf Grund eines civilrechtlichen Rechtsverhältnisses schuldet. Der Antrag selbst richtet sich nur auf Feststellung. Das Todeserklärungsurteil ist als solches nicht vollstreckbar, die Todeserklärung kann nicht durch Zwangsmassregeln vollstreckt werden. Ganz etwas anderes ist es, dass an die Tatsache der Todeserklärung sich Rechtswirkungen knüpfen, die teils die berechtigte Partei durch eigene Handlung geltend macht, teils, wie hauptsächlich im Familienrecht, das Gesetz an die Tatsache knüpft. In weiterem Sinne genommen ist jedes Urteil Feststellungsurteil, in dem

[251]) E. G. 206.

Sinne nämlich, dass es eine autoritative richterliche Feststellung des den Prozessgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses enthält (Wach S. 11). Der Unterschied der Urteile liegt eigentlich in ihrem unmittelbaren Zwecke, weil mittelbar das Ziel eines jeden Urteils auf ein facere, non facere, pati (facere i. w. S.) geht. Nur in weiterem Sinne kann man als Feststellungsurteil das Abweisungsurteil ansehen. Wach hebt das nicht hervor, sondern bei ihm ist das Gegenteil herauszulesen; er sagt nämlich, dass ein Feststellungsurteil nicht nur die Folge einer auf Feststellung gerichteten Klage sein kann, sondern auch einer auf Erfüllung gerichteten Klage, und als Beispiel führt er das Abweisungsurteil an. Aber wesentlich ist der Unterschied in folgendem: Während das Feststellungsurteil inter omnes wirken soll und wirkt, beschränkt sich das Abweisungsurteil auf die Parteien, oder, anders ausgedrückt, es wendet sich nur an den Kläger, weil es nur diesen verpflichtet, den Anspruch nicht von neuem geltend zu machen, im Gegensatz zum Leistungs- und Feststellungsurteil, das sich an beide Parteien wendet. Wach erwähnt aber als besondere Art diejenigen Fälle, wo das Urteil ohne jegliche Vollstreckungshandlung mit Eintritt der Rechtskraft schon in sich den beanspruchten Erfolg bewirkt, wie die Urteile, die die Aufhebung des Rechtsverhältnisses, die Aufhebung der Ehe oder Befreiung hervorrufen. Doch ist diese besondere Kategorie nicht erforderlich, ganz abgesehen davon, dass das fundamentum divisionis dieser Kategorie von dem der früheren abweicht und sich auf beide beziehen kann (Wach, 12).

Das Todeserklärungsurteil ist ein absolut wirkendes constitutives Urteil. (Vgl. meine Abhndlg «Ueber das konstitutive Urteil» in Grünhuts Ztschrift. Bd. 34, S. 123—168.) Absolut wirkend, weil es gegen jeden wirksam ist und seine Wirkung sich nicht nur auf die Parteien beschränkt; dieses kann kein Richter abändern, so dass es auf jeden Dritten wirkt, ausgenommen, wenn das Todeserklärungsurteil als solches angefochten und aufgehoben wird. Ja es kann sogar vorkommen, dass die Partei, die das Urteil provozierte, gar keinen Nutzen davon hat, während gerade die, die sich um die Sache gar nicht bekümmerten, sei es, weil sie es nicht wussten, sei es, weil sie nicht wollten, Nutzen vom Urteile haben. Hier hat der Gegenstand des Prozesses selbst keine selbstständige Bedeutung, sondern er ist nur

Vorbedingung für die Geltendmachung der sich daraus ergebenden Berechtigungen; der Prozess entscheidet also nicht über die Person der Berechtigten, sondern diese stehen ausserhalb des Prozesses, können aber den Gegenstand eines anderen Prozesses bilden; das Urteil spricht zugunsten aller, die berechtigt werden, die sich aus dem Todeserklärungsurteile ergebenden Berechtigungen gegen jeden geltend zu machen. Diese Vorbedingung kann mit absoluter Wirkung nur durch einen selbstständigen, direkt hierauf bezüglichen Prozess unwirksam gemacht werden, aber nicht bei der Inanspruchnahme der einzelnen Berechtigungen. Bei der Todeserklärung wirkt das Urteil für und gegen alle, so dass also in einem Prozess, der sich um ein bestimmtes Recht der Verschollenen dreht, über die schon eine Vorfrage desselben bildende Todeserklärung nicht incidenter entschieden werden kann, weil diese nicht nur für diesen bestimmten Fall, sondern für alle mit ihr verbundenen Rechtsverhältnisse von Bedeutung ist. Es soll uns nicht irreführen, dass gegen das Todeserklärungsurteil Gegenbeweis zulässig ist. Wenn dagegen nicht das Todeserklärungsurteil selbst angefochten wird, sondern nur in irgend einem Prozesse incidenter erwähnt wird, dass der Verschollene früher oder später gestorben ist oder noch lebt, dann hat der Gegenbeweis nur in diesem einen Prozesse Wirkung, wirkt aber nicht gegen jede dritte Person, weil diese gar nicht in den Prozess gezogen war. Den Fall erwähnt besonders unser Entwurf (§ 748 letzter Absatz) und die deutsche C. P. O. (§ 974), dass das Todeserklärungsurteil als solches angefochten wird. Auch der für tot Erklärte muss selbst, wenn er will, dass die Nichtberücksichtigung des Todeserklärungsurteils gegenüber jedem wirksam sein soll, die Todeserklärung besonders anfechten, da sonst sein am Lebensein in jedem einzelnen Prozesse besonders bewiesen werden muss; weder in unserem, noch im deutschen Rechte ist für ihn eine Ausnahme gemacht (Reichsgericht Entsch. 2. Febr. 1903, s. Deutsche Juristen-Zeitung 1903, S. 223). Besonders wichtig ist die Hervorhebung hinsichtlich der deutschen C. P. O. § 976, weil hiernach auch der für tot Erklärte vom Zeitpunkt des Todeserklärungsurteils an gerechnet innerhalb eines Monates die Todeserklärung anfechten kann, wenn die Anfechtung nicht auf einen der in § 957, II erwähnten Gründe gestützt ist. Das Todeserklärungsurteil bildet eine Ausnahme von der allgemeinen Re-

gel, dass das Urteil nur auf die im Prozess stehenden Personen wirkt und dass das rechtskräftige Urteil gegen dritte Personen keine Wirkung hat. Das Todeserklärungsurteil ist insoweit constitutiv, als zum Eintritt der Rechtswirkungen das Urteil unbedingt notwendig ist; nur mit diesem tritt die Todesvermutung ein; nicht so im Eigentumsprozess, weil hier das Urteil das schon vorhandene Eigentum deklarirt. Der Gegenstand des Eigentumsprozesses, der Eigentumsanspruch, kann auch ausserhalb des Prozesses geltend gemacht werden, die Rechtsveränderung kann auch ausserhalb des Prozesses durch eine Erklärung vollführt werden, während beim constitutiven Urteil die Rechtsausübung von der prozessualen Erklärung des Berechtigten abhängt, die Realisierung des Rechtes nur durch richterliches Urteil geschehen kann (Vgl. Hellwig S. 394). Magyary verneint überhaupt das Vorhandensein constitutiver Urteile (S. 256—257), weil das Urteil weder ein neues Rechtsverhältnis begründen noch auflösen kann; nicht das Urteil ist der Grund für den Rechtserwerb und Rechtsverlust, sondern ganz andere Umstände. Wenn wir dieses auch zugeben, dann steht doch nur soviel fest, dass dieses nur mittelbare Gründe sind, dass sie dem Urteil nur als Grundlage dienen können, dass auf Grund dieser ein neues Rechtsverhältnis entstehen oder aufhören soll, Rechtsgründe müssen natürlich vorhanden sein, weil sonst keine Rechtswirkung wäre; das ändert aber daran nichts, dass sie in sich nicht ausreichend wären, um Rechtswirkungen hervorzurufen; sie wären toter Stoff, in welchen das Urteil Leben bringt. Bei der Todeserklärung ist das Urteil der wesentliche Bestandteil des Tatbestandes, an welchen sich die Rechtsveränderung anschliesst, während die declarativen Urteile die Rechtswirkung der vorgebrachten Gründe deklarieren, selbst aber nichts produzieren. Die Constitutivität hat wie bei anderen constitutiven Urteilen, bei der Todeserklärung auch Abstufungen. So ist das Todeserklärungsurteil constitutiv in dieser Beziehung insofern die Todesvermutung ohne dasselbe kraftlos ist.

Constitutiv ist aber das Todeserklärungsurteil, da es unabhängig vom Gegenbeweis als selbständiges Factum Rechtswirkung ausübt. So nach dem § 74 des ungarischen Ehegesetzes, bezw. § 1348 des BGB. wird die Ehe auch dadurch aufgelöst, dass der zurückgebliebene Ehegatte nach der Todeserklärung des

anderen eine neue Ehe schliesst. Vgl. noch §§ 1884, 1885, 1895 des BGB. Die Vormundschaft, bezw. die Gegenvormundschaft endigt mit der Todeserklärung des Mündels oder Vormundes; es ist die besondere Aufhebung seitens der Vormundschaftsbehörde nicht erforderlich. In ähnlicher Weise beendet das Todeserklärungsurteil des Abwesenden die Abwesenheitspflegschaft § 1921. Im Falle des § 1974 ist gleichfalls der Zeitpunkt des Todeserklärungsurteils massgebend, weil dann die 5jährige Frist beginnt, nach deren Ablauf die dort erwähnten Nachlassgläubiger den betreffs ihrer Forderungsrechte ausgeschlossenen Gläubigern gleichstehn. Entw. eines ung. BGB. §§ 441, 442, 445, der dieselben Bestimmungen, wie das BGB. enthält, auf deren Zweckmässigkeit ich schon an anderer Stelle hingewiesen habe, wie auf die Anomalien, die mangels solcher Verfügungen entstehen können (Wiederaufleben der Vormundschaft). Aenlich steht es im Falle der Pflegschaft. Denn im Falle der Pflegschaft finden, da aus dem Gesetz etwas anderes nicht hervorgeht, die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. (Ung. Entwurf § 475, BGB. § 1915.) Das Todeserklärungsurteil muss dem Standesbeamten mitgeteilt werden, der es ins Register einträgt (G.-A. 33, 1894 § 74). Betreffs des Todeszeitpunktes ist das Urteil sowohl nach unserem, wie deutschem Rechte nur declarativ wirkend, weil nicht der Tag der Rechtskraft des Urteils als Todestag vermutet wird, sondern der schon erwähnte Zeitpunkt. Das Urteil stellt nur dessen Eintritt fest, er existierte tatsächlich schon vor dem Urteil, es wird mit dem Urteil nur die gesetzlicne Todesvermutung wirksam. Es war eine sehr bestrittene Frage, ob das Todeserklärungsurteil betreffs des Zeitpunktes des Absterbens declarative oder constitutive Wirkung haben soll, anders ausgedrückt, ob der Tag des Absterbens der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils sein soll oder nicht, ob es ex nunc oder tunc wirken soll. Viel richtiger ist der Standpunkt unseres Rechts und des deutschen BGB., den unser Entwurf auch befolgt, dass das Urteil in dieser Beziehung nur declarativ wirkend ist, weil das Todeserklärungsurteil eine neue Todesvermutung nicht begründet, sondern nur declariert, dass die Rechtsfolgen, bezw. Vorbedingungen der Todesvermutung vorliegen. (Der Grund, warum ich in diesem Streite Stellung nehme ist, weil wir vor der Abfassung eines Gesetzbuches stehen.) Sehr richtig bemerkt Gierke (S. 136) be-

züglich des deklarativen Urteils: Auch wird die Vorstellung vermieden, als vollziehe das Gericht durch das Todeserklärungsurteil eine Art von civilistischer Hinrichtung. Auch die neueren Rechte stehen in diesem Punkte auf dem declarativen Standpunkte. Zweifellos hat die declarative Wirkung auch Nachteile, aber ihre Vorzüge sind im Uebergewicht gegenüber dem constitutiven Urteil.

Besonders sind die Nachteile auf dem Gebiete des Erbrechtes bemerkbar, oder wenn den Verschollenen gewisse Rechte oder Verpflichtungen während der Dauer seines Lebens belasteten, wie auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes; so können bis zum Urteil wesentliche Veränderungen eingetreten sein. Zweifellos ist in Hinsicht auf den Zeitpunkt des Erbfalls das constitutive Urteil sicherer, als das declarative, bei letzterem können besondere Schwierigkeiten entstehen und entstehen auch bei der Berechnung. Der Gesetzgeber geht auch bei der Berechnung nur von allgemeinen Verhältnissen aus, kann aber nicht mit den einzelnen konkreten Fällen rechnen. Zweifellos wird die Ordnung der Rechtsverhältnisse dadurch erschwert, dass ein vor der Todeserklärung liegender Zeitpunkt zum Zeitzunkt des Todes bestimmt wird. Der Umstand aber, dass neuere Daten eine Berichtigung des durch das Urteil festgestellten Zeitpunktes nach sich ziehen können (Vgl. Motive des ung. Entwurfes Bd. I, S. 75), spricht nicht gegen das declarative Urteil, weil wir mit diesem nur der möglichen Wahrheit Genüge tun. Indessen sind die schon aufgetauchten oder übrigen Nachteile überwindbar. Die Interessierten sind berechtigt, das Todeserklärungsverfahren zu beantragen, sobald die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen vorhanden sind; wenn aus ihrem langen Säumen für sie ein Nachteil entsteht, so sind sie sich für den eigenen Schaden verantwortlich. Zum Zwecke der Vermeidung der Schwierigkeiten auf dem Gebiete des Ehegüterrechts ist die Einrichtung der Abwesenheitspflegschaft vorhanden. Für das declarative Urteil spricht ausser dem schon erwähnten Grunde der Umstand, dass die Rechtssicherheit verlangt, dass der Zeitpunkt der Todesvermutung in Anbetracht dessen, dass die Todeserklärung cum grano salis dem Tode gleichsteht, ein durch das objective Recht von vornherein bestimmter Zeitpunkt, ein einheitlicher, ungefähr bekannter Zeitpunkt sei, nicht aber ein verschiebbarer, veränderlicher, vom Willen der Parteien, der

Richter, oder vom Zufall abhängiger; dass ist der Hauptgrund, nicht aber was die 2. Kommission des BGB. erwähnt, dass eben die nächsten Berechtigten, Kinder oder Ehefrau, ethische Gründe vom Begehren der Todeserklärung zurückhalten, während Dritte sie beantragen werden. In erster Linie bemerke ich, dass man hier mit ethischen Gründen gerade nicht kommen darf, weil die Gesellschaft den Antrag auf Todeserklärung nicht verurteilt, es ist nicht contra bonos mores, aber andererseits hat durch die Nichtbeantragung kein anderer Nutzen, weil ja das moderne Erbrecht betreffs der Beerbung auf der Verwandtschaftsnähe, auf der Bevorzugung der Abkömmlinge sich aufbaut. Aber wir müssen den Wert, die übermässige Betonung dieses Argumentes herabsetzen, dass beim constitutiven Urteil der Willkür der Parteien und des Richters ein zu grosser Spielraum gelassen würde (Gierke S. 131—136). Was das betrifft, dass die Antragsteller, bezw. die Berechtigten den Zeitpunkt weit hinausschieben können, möchte ich erwähnen, dass wenn sie nicht die nächsten Berechtigten sind, sie doch keinen Nutzen von der Todeserklärung haben, weil es möglich ist, dass der Antragsteller überhaupt keinen Nutzen davon hat, sondern abwesende dritte Personen, die möglicherweise sich gar nicht darum gekümmert haben. Im Falle des declarativen Urteils schliesst sich die Lebensvermutung an die Todesvermutung; das Auseinanderfallen der beiden, wie es im preussischen Recht vorkam, ist nicht möglich. Wir müssen beachten, dass die Todesvermutung nicht aus dem Urteil, sondern aus den dem Urteile zu Grunde liegenden Tatsachen folgt. Gegen die Willkür der Richter schützt die Disciplinarverantwortung, das Hinziehen des Prozesses ist auch nicht so leicht; der Richter hat Mittel, es zu verhindern. Ich will nicht unerwähnt lassen, dass es nicht richtig ist, auf die historischen Gesichtspunkte hinzuweisen, wie es in der deutschen Literatur geschehen ist, dass ursprünglich die Todesvermutung ohne jegliche Form eintrat, wenn die vom objectiven Recht geforderten Voraussetzungen vorhanden waren. Ein historischer Gesichtspunkt für sich allein genommen beweist nicht die Berechtigung einer Einrichtung. Ist eine Einrichtung, wenn sie auch ursprünglich begründet und zweckmässig war, unzweckmässig, kann und darf sie doch nicht aufrechterhalten werden. Ein historischer Gesichtspunkt kann dort in Betracht kommen, wo das Alte vorteilhafter ist, als die geplante Neuerung, oder

wenn es mindestens gleichgiltig ist, ob die neue oder alte Einrichtung sein soll; wenn die neue materialiter keinen Vorteil sichert, dann verlangt auch schon die Rechtsfortsetzung die Berücksichtigung des geschichtlichen Gesichtspunktes, und bedauerlicherweise wird er oft nicht berücksichtigt. Man hebt alte, nationale Einrichtungen auf für ein möglicherweise unzweckmässigeres, aber neues Institut; das sind entartete Triebe des immer auf Neuerung gerichteten Bestrebens, aber ich will mich hier nicht näher darauf einlassen. Ich will nur bemerken, dass hier bei der Bestimmung des Zeitpunktes, wo so wichtige Vorteile und Nachteile in Betracht kommen, betreffs des declarativen oder constitutiven Charakters des Urteils in der Zeitpunktfrage, man sich auf den geschichtlichen Gesichtspunkt als auf ein wichtiges, möglicherweise entscheidendes Moment nicht berufen darf. Wo es begründet ist, das Todeserklärungsurteil constitutiv zu nehmen, da nimmt das BGB. und unser Entwurf es so wie so an. Wir können sagen, dass sich an die Todeserklärung cum grano salis dieselben Rechtswirkungen knüpfen, wie an den Tod des Menschen. Das kann man aber nur cum grano salis behaupten, weil die Todeserklärung an sich die Ehe z. B. nicht auflöst. Doch diese Frage behandle ich in einem besonderen Kapitel. Obwohl das Todeserklärungsurteil absolut wirkt, ist deshalb die Aufhebung nicht ausgeschlossen, wie auch das Recht des gutgläubigen Besitzers absolut ist, und der Eigentümer sein Eigentum einklagen kann. Absolutheit und unbedingte Wirksamkeit ist nicht dasselbe. Jedes Urteil ius facit inter partes, das bedeutet aber noch nicht, dass der zwischen den Parteien durch das Urteil begründete Rechtsbestand auch bleibt. Denken wir nur an die Besitz- oder Wechselprozesse. Die hier siegreichen Parteien werden nicht unbedingt Sieger in dem gegen sie gerichteten Eigentums-, bezw. Civilprozess. Auch das Todeserklärungsurteil kann ausser Wirkung gesetzt werden, sei es durch den für tot Erklärten, sei es durch andere Personen, die das am Lebensein des für tot Erklärten, bezw. die Unrichtigkeit des im Urteil enthaltenen Zeitpunktes beweisen. Betreffs des Todeserklärungsurteils müssen wir bemerken, dass es sich von den übrigen im Aufgebotsverfahren erlassenen Urteilen unterscheidet. Während letztere die Rechte der sich nicht Meldenden endgiltig vernichten, beraubt die Todeserklärung den für tot Erklärten nicht seiner Rechte; sie enthält nicht die Rechts-

folgen, die Beteiligten selbst müssen die Folgen geltendmachen, das Gesetz selbst fügt nur im Familienrecht unmittelbare Rechtswirkungen an die Todeserklärung. Die sich an die Todeserklärung schliessenden Rechtswirkungen bleiben nur solange in Kraft, als das Todeserklärungsurteil in Kraft bleibt; wenn letzteres geändert wird, ändern sich auch die ersteren, sie teilen also dessen rechtliches Schicksal. (Hachenburg S. 79.) Auf das Todeserklärungsurteil passt also nicht vollständig das Ausschlussurteil, weil wir hier von einem Ausschluss nicht sprechen können in der Art, wie z. B. im Falle des § 799 des deutschen BGB. im Falle der Kraftloserklärung einer abhanden gekommenen oder vernichteten Schuldverschreibung auf den Inhaber. Hier kann der sich später Meldende sein Recht nicht geltendmachen, wie im § 927 (Ausschliessung des Grundstückseigentümers), § 1171 (Ausschluss des unbekannten Pfandgläubigers), § 1970 (Ausschluss der sich nicht meldenden Nachlassgläubiger). Aehnlich ist es bei uns im Falle der Kraftloserklärung der Wertpapiere (1881 : XXXIII G.-A. § 28). Das Kraftloserklärungsverfahren betreffs der Wertpapiere ist je nach ihrer Eigenart bei uns ein dreifach verschiedenes. 1. Die Kraftloserklärung der auf Inhaber lautenden oder auf bestimmten Namen ausgestellten, aber mit leerer Rückschrift übertragbaren Papiere ordnet der § 33 des G.-A. V : 1881. 2. Die Kraftloserklärung der Rectapapiere, der auf Inhaber lautenden und übertragbaren, aber verbrieften, sowie der auf Namen lautenden anteilscheinlosen Papiere ordnet der G.-A. 54 vom Jahre 1868 in §§ 529—533 und endlich die Ausserkraftsetzung der Wechsel, kaufmännischen Anweisungen, Lagerscheine, Pfandbriefe privater Pfandanstalten ordnet der 1—5. G.-A. XXVII : 1876 in §§ 77—79. Gegenstand der richterlichen Kraftloserklärung können nicht sein Staatskassenscheine, staatliche verzinsliche Kassenanweisungen, Pfandbriefe der k. Pfandanstalten, Anerkenntnisse über Lottoeinlagen, Anteilscheine von Wertpapieren und Anteile, solche Wertpapiere, in Bezug auf welche die Kraftloserklärung im Text des Wertpapieres bestimmt ausgeschlossen ist: die Note der österr.-ung. Bank.

Verfahren bei der Todeserklärung.

Das Todeserklärungsverfahren wird nicht von Amtswegen eröffnet, sondern die Berechtigten müssen es beantragen. Be-

treffs der Berechtigungsfrage ist eine wesentliche Abweichung zwischen unserem bestehenden Recht einerseits und zwischen unserem Entwurfe, bezw. dem deutschen Rechte. § 132 unseres Ehegesetzes hat ausser Kraft gesetzt § 522 a) des G.-A. 1868:54, nach welchem auch zur Auflösung der Ehe die Todeserklärung verlangt werden kann, indessen unberührt gelassen denjenigen Punkt des § 522, nach welchem die gesetzlichen Erben oder in Ermangelung solcher Erben der Kronanwalt zur Besitznahme des Nachlasses die Todeserklärung beantragen können. Zufolge des § 132 E. G. braucht, nachdem wegen Auflösung der Ehe die Todeserklärung nicht verlangt werden kann, ein Eheverteidiger auch dann nicht ernannt zu werden, wenn der Ehegatte die Todeserklärung beantragt, da die Todeserklärung selbst die Ehe noch nicht auflöst. Uebrigens ernennt bei jedem Eheprozess das Gericht aus der Reihe der am Orte wohnenden Anwälte einen Eheverteidiger, ausgenommen bei dem wegen böswilliger Verlassung angestellten Scheidungsprozess; weiter noch im Falle der Bigamie, wenn von seiten des Staatsanwalts infolge höherer Anweisung auf Vernichtung der zuletzt geschlossenen Ehe Klage erhoben ist (Entsch. der Curie 1751 und 3278/1897, 3443/1897 zitiert aus Raffay S. 24). Unser Entwurf verwirft den Eheverteidiger, an dessen Stelle der Staatsanwalt tritt, der nach dem Ehegesetz sich um die Eheangelegenheiten schon so wie so kümmert, mit amtlicher Anweisung versehen werden kann und als Beamter verantwortlich ist (§ 648). Der erwähnte Paragraph unserer Prozessordnung ist nicht glücklich konstruirt, weil nach diesem das Antragsrecht hauptsächlich nur das Recht der Intestaterben wäre, die Testaments- und Vertragserben können es als solche nicht beantragen, aber dies kann nicht angenommen werden, da ja sogar der Fiscus das Recht hat, der ja in unserem Erbrechte die subsidiärste Rolle spielt. Uebrigens ist das Recht der Testaments- und Vertragserben stärker als das der Intestaterben und wenn wir uns an den Buchstaben des Gesetzes halten würden, würde nur die Erklärung Platz greifen, als wenn nur zur Besitznahme der Erbschaft die Todeserklärung beantragt werden könne, also dort nicht, wo kein Nachlass da ist. Indessen kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber von solchem Zufall die Todeserklärung abhängig machen wollte und dass er so verursacht hätte, dass die Testaments- bezw. Vertragserben niemals die

ihnen gebührende Erbschaft erlangt hätten, wenn die gesetzlichen Erben, bezw. der Ehegatte die Todeserklärung nicht beantragen. Man darf aber nicht von solcher Buchstabenerklärung ausgehen. Man kann nicht sagen, der Einwand, dass der Testamentserbe nach genauer Erklärung unseres bestehenden Rechtes die Todeserklärung nicht beantragen könne, sei rein theoretisch. Denn bis zum Tode des Erblassers existiert kein endgiltiges Testament; damit also jemand als Testamentserbe angesehen werden kann, wird vorausgesetzt, dass die Todeserklärung schon erfolgt ist. (Motive z. E. der ung. Prozessordnung 466.) Aber wenn wir uns auf diesen Standpunkt stellen, ist auch kein gesetzlicher Erbe da, weil auf ihn sich der erwähnte Einwand ebensogut bezieht, wie auf den Testamentserben. Mit der Todeserklärung stellen sich nur die Rechtswirkungen ein, aber nicht vom Zeitpunkt des Urteils, sondern von einem früheren Zeitpunkt. Etwas anderes ist es, dass die Folgen nur durch das Urteil wirksam werden.

Unsere Praxis hat dieses Antragsrecht auch ausgedehnt auf den Testaments- und Vertragserben, Nacherben, Vermächtnisnehmer und deren Rechtsnachfolger. (Dtr. R. F. B. XI, S. 48, VIII S. 258, U. F. XXXV 39 und Curie 766/1889, siehe Raffay S. 102.) Zugleich hat unsere Praxis ausgesprochen, was sich von selbst versteht, dass der Beweis des ausschliesslichen Erbrechts nicht erforderlich ist, es genügt die Existenz des Erbrechts. Obwohl die Berechtigten sich legitimieren müssen, kann weder der Ehegatte verlangen, dass seine Befugnis, wieder zu heiraten, noch der Erbe, dass seine Befugnis, das Erbschaftsverfahren zu beantragen, im Urteil ausgesprochen werde. Das Urteil beschränkt sich auf die Todeserklärung (Dtr. R. F. XXVI 1.). Andererseits darf man aber nicht daraus, dass das Ehegesetz § 132 den Punkt a) des § 522 unserer Prozessordnung ausser Kraft gesetzt und zugleich die richterliche Zuständigkeit verändert hat, die Folgerung ziehen, dass damit das Antragsrecht des Ehegatten als Ehegatten aufgehoben ist, weil hiedurch der Uebelstand hervorgerufen würde, dass nur der Ehegatte sich verheiraten kann, dessen Gatte Nachlass hinterlassen hat, da nur so Interesse der Erben für die Todeserklärung vorliegt. Das wäre ja nur eine Ausnahme für die besser Situirten. Das Antragsrecht des Ehegatten ergibt sich aus § 132 II, nach dem für die Todeserklärung, wenn sie der

Ehegatte beantragt, dasselbe Gericht zuständig ist, wie wenn die im § 522 b) der Prozessordnung erwähnten Personen sie beantragen. Der Ehegatte kann also die Todeserklärung beantragen, nur nicht zur Auflösung der Ehe, er braucht einen Zweck überhaupt nicht anzugeben, den Zweck der Ehelösung aber kann er gar nicht vorbringen. Der Gesetzgeber hat zugleich dem Ehegatten jedes für tot Erklärten das Recht zur Wiederverheiratung gegeben. Dagegen kann jemand erwidern, welches Ziel der Gesetzgeber damit verfolgt hat, dass er zum Zweck der Auflösung der Ehe dem Ehegatten die Beantragung der Todeserklärung nicht gestattet hat. Diesbezüglich erwidere ich, dass hieraus für den zurückgebliebenen Ehegatten gar kein Nachteil erwächst, weil er zur Wiederheirat berechtigt ist. Dagegen dient es zum Vorteil des Verschollenen, aber noch lebenden Ehegatten; andererseits bietet das Gesetz aber auch dem Ehegatten des Verschollenen, wenn sein Ziel nur die Auflösung der Ehe ist, dazu Gelegenheit, denn da ist der Scheidungsgrund der böswilligen Verlassung (§ 77). Sehr richtig war aber die Ausserkraftsetzung des § 522 a) schon aus dem Grund: Wozu dem Todeserklärungsurteil nur teilweise Kraft verleihen, wozu unnötige Kosten verursachen und noch einmal das schon einmal verhandelte Verfahren wiederholen, wenn irgend eine der sich auf die Todeserklärung beziehenden Rechtsfolgen in Frage käme? Was die richterliche Zuständigkeit betrifft, so ist sie im Zusammenhang mit der Person der Berechtigten, bezw. sie hält sich vor Augen den häufigsten Grund der Todeserklärungsbeantragung. Das Todeserklärungsverfahren gehört in den Wirkungskreis des beim Erbschaftsprozess zuständigen Gerichts, bezw. in den Wirkungskreis des Landgerichts, auf dessen Gebiete der Sitz des im Erbschaftsprozess zuständigen Amtsgerichtes ist. Das zuständige Gericht ist das Gericht, in dessen Gebiet der letzte Wohnsitz des Verschollenen war (§ 37 des G.-A. 54:1868), wenn der Erblasser aber ausser Landes gestorben ist, dann folgen die Erbschaftsprozesse der Zuständigkeit des inländischen Gerichts, auf dessen Gebiet der Erblasser zuletzt wohnte, oder wenn dieser Wohnungsort unbekannt, oder wenn er nie im Lande gelebt hat, wird der Gerichtshof zuständig, auf dessen Gebiet der Nachlass sich befindet. Im Entwurf unserer Prozessordnung ist das Todeserklärungsverfahren geordnet im §§ 736—750, deutsche C. P. O. §§ 960—976, neben welchen die §§ 945—959, die sich auf das

Aufgebotsverfahren beziehenden allgemeinen Vorschriften enthalten, Anwendung finden. Ung. Entwurf § 736 und deutsche C. P. O. § 912 enthält die antragsberechtigten, ung. E. § 737, C. P. O. § 961 die zuständigen Gerichte, §§ 738, bezw. 963—966 die sich auf den Inhalt des Antrags, des Aufrufs, Aufgebotsfristen, die Art der Veröffentlichung, §§ 739—743, bezw. §§ 968—969, die sich auf das richterliche Verfahren beziehenden Bestimmungen. §§ 744, bezw. 971 die auf die Kosten, § 745, bezw. § 970 die auf die Urteile, §§ 745—749 die auf die Anfechtung, auf die Berufung, auf die Revision, auf die Prozesserneuerung sich beziehenden Bestimmungen. § 750 die Ausdehnung der sich auf die Todeserklärung beziehenden Bestimmungen für den Fall, wenn der Tod, der durch öffentliche Urkunde nicht bewiesen werden kann, auf anderem Wege bewiesen werden soll. C. P. O. §§ 973—976 enthält die Bestimmungen, die sich auf die Anfechtungsklage beziehen. Im deutschen Rechte enthält die Uebergangsbestimmungen Art. 161—162 des Einführungsgesetzes; bei uns wird ein besonderes Gesetz vorbereitet. Mit Rücksicht darauf, dass unser Entwurf von der Justizkommission des Reichstags gebilligt ist und so bald Gesetz wird und mit Rücksicht darauf, dass er umfassender als unser bestehendes Recht und für die Vergleichung eher geeignet ist, werden wir im folgenden hiervon ausgehen und innerhalb dieses Rahmens die Einrichtungen unseres bestehenden Rechtes berühren.

Der Entwurf unserer Prozessordnung beschränkt die Antragsberechtigten nicht auf einen so engen Kreis, wie unser bestehendes Recht, sondern zur Beantragung sind berechtigt der Ehegatte, Erbe und ausserdem jeder, der an der Feststellung des Todes des Verschollenen rechtlich interessiert ist. Der Entwurf unseres Privatrechtes regelt auch die Antragsberechtigungsfrage und mit Recht, weil sie tatsächlich auch in den materiellen Kreis einschneidet. Inhaltlich stimmen beide Standpunkte überein, unser Privatrechtsentwurf drückt sich aber genauer aus (§ 17), er hebt z. B. den Ehegatten und die Erben nicht besonders hervor, sondern bestimmt einfach, dass die Todeserklärung jeder beantragen kann, der rechtliches Interesse hat an der Feststellung des Todes des Verschollenen; es kann aber kein Zweifel obwalten, dass der Ehegatte und der Erbe als solche zu betrachten sind. Als rechtlich interessiert sind auch anzusehen die Vermächtnis-

nehmer, die Eigentümer von mit Niessbrauch belasteten Gegenständen, die aus der Lebensversicherung Berechtigten. Wie wir sehen, sind rechtlich interessiert nicht nur die, deren Recht gegenüber dem Verschollenen besteht, sondern das Recht kann auch gegenüber dritten Personen bestehen, wenn nur die Geltendmachung vom Tode des Verschollenen abhängt. Nach der deutschen Prozessordnung sind in erster Reihe berechtigt der gesetzliche Vertreter des Verschollenen, zweitens jeder, der rechtliches Interesse an der Todeserklärung hat. Ich halte die Textierung der deutschen Prozessordnung, die den gesetzlichen Vertreter hervorhebt, nicht für unrichtig, weil die Todeserklärung eigentlich nicht in den Wirkungskreis des Vormunds und Pflegers gehört, höchstens kann von ihnen die Rede sein, als von denen, die rechtlich an der Todeserklärung interessiert sind; hiergegen kann aber unter Umständen Zweifel entstehen, obwohl, wie wir oben gesehen haben, die Pflegschaft und Vormundschaft mit der Todeserklärung des Mündels endigt. Die Pflegschaft und Vormundschaft ist mit Lasten und Verantwortlichkeit verbunden, die Aufhebung ist nicht dem Belieben des Vormunds oder des Pflegers überlassen. Ich halte den Standpunkt der deutschen C. P. O. für richtig, die zur Beantragung der Todeserklärung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes verlangt, denn die Todeserklärung ist eine so folgenschwere Rechtshandlung, dass das Erfordernis der Genehmigung sehr richtig ist. Ohne diesen Absatz wäre sie nicht nötig, weil das BGB. § 1822, bezw. § 1915 die Verfügung nicht als solche Handlung erwähnt, bei welcher Genehmigung erforderlich ist. Es ist verständlich, dass in unserem jetzigen Recht dies Erfordernis nicht vorhanden ist, weil der Vormund und Pfleger auch das Antragsrecht nicht hat, aber es wäre nach meiner Ansicht in unserem Entwurf angebracht; unser Prozessrechts-Entwurf hätte also das Erfordernis vorschreiben können; nicht weniger wäre unser Privatrechts-Entwurf in § 413 mit diesem Erfordernis zu ergänzen. Ich erwähne nur zur Vermeidung von Missverständnissen, dass die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur den Vormund oder Pfleger trifft, nicht auch die Eltern. Was die richterliche Zuständigkeit betrifft, geht unser Entwurf § 737 übereinstimmend mit § 961 der deutschen C. P. O. von der letzten allgemeinen inländischen Zuständigkeit des für tot Erklärten aus und innerhalb dieses Rahmens bezeichnet es

ein Landgericht als Forum, während im deutschen Recht, wie bei jedem Aufgebotsverfahren das Amtsgericht zuständig ist. Es ist möglich, dass die Erledigung der Aufgebotsanträge mehrerer Amtsgerichtsbezirke auf ein Amtsgericht übertragen wird zum Zwecke einheitlichen Verfahrens und der Kostenvermeidung; das lässt aber das Antragsrecht unberührt, dass nach § 961 beim zuständigen Gericht die Durchführung des Verfahrens beantragt werden soll. Sehr richtig ist der Standpunkt unseres Entwurfes, da er von der allgemeinen Zuständigkeit ausgeht, da die Beantragung des Verfahrens sich nicht nur auf die Erben bezieht, sondern auf die rechtlich Interessierten ausgedehnt ist. Wenn die allgemeine Zuständigkeit nicht bekannt ist, so bestimmt nach § 752 die königl. Curie das zuständige Gericht, natürlich vorausgesetzt, dass der Prozess innerhalb des Gebietes der Wirksamkeit unserer Gesetze erhoben werden kann. In Deutschland ist infolge der Verschiedenheit der staatsrechtlichen Verhältnisse die Regelung abweichend; meiner Meinung nach wäre es aber richtiger, das Reichsgericht mit dieser Aufgabe zu betrauen, als den höchsten deutschen Gerichtshof, schon vom Standpunkt der Einheit, und nicht bei den Inländern die in den Verband eines Bundesstaates gehören, die höchste Justizbehörde des betreffenden Bundesstaates, bei anderen, — sei es Inländer oder Ausländer — den Reichskanzler mit dieser Aufgabe zu belasten. Obwohl die Landesjustizverwaltung in Preussen, als auch der Reichskanzler haben das Amtsgericht I in Berlin für zuständig erklärt (R. G. Bl. 1900, 8. März, S. 128, I. M. Bl. 1899, 27. Nov., S. 387): Sowohl der ung. Entwurf, als auch die deutsche C. P. O. haben mit dieser erschöpfenden Regelung erreicht, dass in jedem nur denkbaren Fall ein zuständiger Gerichtshof vorhanden ist. Der Antragsteller muss beim Aufgebotsverfahren im Gesuch die zur Grundlage der Todeserklärung dienenden Tatsachen glaubhaft machen (Entwurf 738, C. P. O. § 963) und die Berechtigung zum Antrage, obwohl die deutsche Prozessordnung das nicht besonders hervorhebt; aber das geht schon daraus hervor, dass der gesetzliche Vertreter zur Beantragung der Todeserklärung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Die Glaubhaftmachung kann geschehen mit den gewöhnlichen Beweismitteln mit Ausnahme der Eideszuschiebung (C. P. O. § 294; ung. Entwurf, § 372 II nach denen zur Glaubhaftmachung einer Behauptung die Partei nicht unter Eid vernommen werden kann).

Da nun die infolge des Todeserklärungsantrages abzuhaltende Verhandlung im ungarischen Rechte und Entwurfe nach den Vorschriften des ordentlichen Verfahrens vor sich geht, ist der Antragsteller verpflichtet, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen (1881 G.-A. 59, § 12; Entwurf § 95).

Nach § 524 unserer C. P. O. bestellt nach Einlaufen des Antrages das Gericht einen Pfleger, zugleich aber ladet es den Verschollenen durch Bekanntmachung in der Zeitung mit der Hinzufügung, dass, wenn er während einer Frist von einem Jahr sich nicht meldet oder sein Vorhandensein auf andere Weise zur Kenntnis bringt, die Todeserklärung erfolgen werde. Unser Entwurf füllt hier auch die Lücken unserer Prozessordnung aus, obwohl hinsichtlich der Einleitung des Verfahrens unser Entwurf mit § 524 übereinstimmt. Wenn das Gericht die eingereichten Angaben für genügend hält, bestellt es für den Abwesenden einen Pfleger und erlässt zugleich eine Bekanntmachung, in welcher es den Abwesenden und alle diejenigen, die Kenntnis von seinem Leben haben, auffordert, das Gericht oder den Pfleger von seinem Leben zu verständigen, weil widrigenfalls nach Ablauf der Bekanntmachungsfrist der Verschollene gerichtlich für tot erklärt wird. Die Aufgebotsfrist beträgt gleichfalls ein Jahr; die Frist beginnt am Tage der dritten Einsetzung in das Amtsblatt. Die Bekanntmachung muss an der Gerichtstafel ausgehängt werden; ausserdem kann das Gericht die Wiederholung in in- oder ausländischen Blättern anordnen. Von der Erledigung des Antrags werden der Antragsteller, der Pfleger, sowie der vom Vormundschaftsgericht für den Abwesenden ernannte Pfleger benachrichtigt. Wenn das Gericht vom Leben des Verschollenen Kenntnis erhält, so benachrichtigt es von Amtswegen den Pfleger, wie letzterer gleichfalls unverzüglich verpflichtet ist, die zur Kenntnis gelangten Daten anzumelden. Nach Ablauf der Bekanntmachungsfrist kann der Antragsteller, wenn er die vorgeschriebene Einsetzung der Bekanntmachung bewiesen hat, die Festsetzung zur mündlichen Verhandlung beantragen, dem jeder Berechtigte beitreten und die Fortsetzung des Verfahrens beantragen kann. Was den Standpunkt der deutschen C. P. O. betrifft, so erwähnt sie nicht die Ernennung eines besonderen Pflegers im Todeserklärungsverfahren. Auch die Aufgebotsfrist ist kürzer wie bei uns, obwohl der Inhalt des Aufrufs derselbe ist, nur dass vom Leben des

Verschollenen das Gericht benachrichtigt werden muss; richtig ist, dass der § 964 II nicht nur zur Auskunft über das Leben, sondern auch über den Tod des Verschollenen alle auffordert, und es ist sehr richtig, dass weder unser Entwurf noch die deutsche C. P. O. die Verbindung des Aufgebotsverfahrens mit dem Aufruf der Erben und Gläubiger gestattet. Die Aufgebotsfrist nach C. P. O. ist gewöhnlich 6 Monate. Das Aufgebot muss auch hier an der Gerichtstafel ausgehängt werden; und ausserdem ist es in den Reichsanzeiger einmal und in das Blatt, das für den Sitz des Prozessgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist, zweimal einzusetzen und nötigenfalls in andere Blätter auch mehrmals (§ 948). Auch wenn das nach § 961 zuständige Gericht den Aufruf nicht erlässt, so muss auch an dessen Tafel der Aufruf des öffentl. Aufgebots ausgehängt werden (972 II). In den Fällen der kürzeren als 10, bezw. 5jährigen Fristen (BGB. § 15—17) kann die Bekanntmachung des Aufgebots durch öffentl. Blätter unterbleiben, sie braucht nur ausgehängt zu werden; dann beschränkt sich die Aufgebotsfrist auf 6 Wochen. Dasselbe gilt, wenn seit Geburt des Verschollenen 100 Jahre verstrichen sind. Alsdann beginnt die Frist mit Aushängung an der Gerichtstafel. Wenn auch in solchem Falle der Tod des Verschollenen sehr naheliegend ist, so ist die Frist doch so kurz, dass sie nur formale Bedeutung hat; auch das Wegbleiben der Bekanntmachung halte ich nicht für richtig. Das kann kein Grund sein, — den man als Beweis anzuführen pflegt — dass es unnötig ist und nur eine Verteuerung des Verfahrens ist, das liegt fast in jedem Falle vor und besonders bei Bekanntmachung im Amtsblatt. Dem Verfahren muss man immer seine Form geben, wie unser Entwurf auc[illegible]einen Unterschied macht. Endlich kostet die Bekanntmac[illegible] auch nicht soviel, andererseits ist sicher für das Verfahren b[illegible]ung im Nachlass, da es sonst gar nicht beantragt würde. Hier will ich erwähnen, dass ich kein Freund der Bekanntmachungen in Amtsblättern bin, weil niemand Amtsblätter liest, auch die Tagesblätter übernehmen es nicht, höchstens die hauptstädtischen Blätter; häufig können sie es nicht übernehmen, weil es zu spät erscheint. Im deutschen Recht beginnt die Frist mit der Bekanntmachung im deutschen Reichsanzeiger, bezw. mit dem Erscheinen.

Das Verfahren ist viel einfacher und mit der von mir erwähnten Beschränkung bietet es dieselbe Sicherheit, wie

das formale Zeugenverhör im Bezirke des letzten Wohnortes des Verschollenen und letzten Aufenthaltsortes, das das französische Recht verlangt. Auch nach deutschem Recht kann jeder der Berechtigten dem Verfahren beitreten, kann es fortsetzen, bezw. an Stelle des Antragstellers treten und gewinnt damit seine Rechtsstellung. Das ist eine richtige und praktische Verfügung, weil in den Fällen, wo der Antragsteller das Verfahren nicht fortsetzen will oder kann, bei Mangel des § 74 unseres Entwurfes, bezw. § 967 C. P. O. die Berechtigten von neuem das Verfahren beginnen müssten, was nur überflüssige Verlängerung wäre. Weder unser geltendes Prozessrecht, noch unser Entwurf sagt, dass das Verfahren unwirksam wird, wenn der Verschollene sich meldet und der Antragsteller die Personengleichheit anerkennt. Bestreitet er sie, so wird das Verfahren ausgesetzt, bis die Frage der Personengleichheit entschieden ist (C. P. O. 969). Wenn der Antragsteller seinen Antrag nicht zurückzieht, obwohl er die Personengleichheit des sich meldenden Verschollenen nicht in Zweifel zieht, so wird sein Antrag von Amtswegen zurückgewiesen, bezw. das Verfahren wird durch Beschluss aufgehoben. Nach unserem geltenden Rechte § 525 vollzieht sich die Verhandlung im ordentlichen Verfahren zwischen dem Antragsteller und dem Pfleger, und der Richter urteilt, ob der Tod bewiesen ist oder nicht.

Was unseren Entwurf betrifft, werden während der mündlichen Verhandlung die sämtlichen eingelangten Meldungen verlesen.

Das Gericht nimmt von Amtswegen in Betracht die Ergebnisse, aus denen auf das Leben des Verschollenen gefolgert werden kann, und zu deren Aufklärung kann es Erkundigungen einziehen und kann auch Beweisaufnahme anordnen; indessen muss es vor der Entscheidung betreffs dieser Ergebnisse und Beweise vorher die Parteien anhören. Auch nach der deutschen C. P. O. kann das Gericht jegliche Anordnungen während der Verhandlung von amtswegen vornehmen; von der richterlichen Einsicht und Erwägung hängt es ab, dass es ausser den von den Parteien angebotenen Beweismitteln noch andere Mittel anwende zur Ermittlung von Beweisen. Es muss dahin wirken, dass möglichst vollständige Sicherheit sei betreffs der für die Begründung der Todeserklärung verlangten Bedingungen. Mit der Natur des Verfahrens hängt es zusammen, dass der Ent-

wurf dem durch Parteien vereinbarten Eide keinen Raum gewährt, wie auch dass die Parteien den Zeugen, den Sachverständigen, sowie der Gegenpartei den Schwur nicht erlassen können. Für die Pflichten und Versäumnisse des Pflegers gelten die Regeln nicht, die die Folgen der Versäumnis der betreffs des Tatbestandes oder der Urkunden zu machenden Erklärungen, des Anerkennens oder Zugebens vor Gericht begründen. Die Ausserachtlassung der Verhandlungsmaxime im Todeserklärungsverfahren ist berechtigt, hier muss dem Untersuchungsgrundsatz grössere Geltung verschafft werden, wie im gewöhnlichen Prozesse.

Mit Rücksicht darauf, dass es nicht nur für dritte Personen von grosser Bedeutung ist, sondern auch dass die Rechte des für tot Erklärten, der am Prozess keinen Teil nimmt, berührt werden, ist hier der Vergleich der Parteien ausgeschlossen — nach unserem Entwurf ist der Pfleger auch Partei. — Obwohl unser Entwurf es nicht besonders erwähnt, so gilt doch wie auch im geltenden Recht, dass das Gericht mit Wahrscheinlichkeiten sich nicht befriedigen kann, sondern nur dann die Todeserklärung aussprechen kann, wenn die hierzu erforderlichen Voraussetzungen bewiesen sind. Die für die Vermutung des Absterbens erforderliche Frist muss nur zur Zeit der Urteilssprechung unbedingt abgelaufen sein und nicht schon bei Vornahme des Aufgebotsverfahrens. Natürlich, wenn vor Gericht vor Vornahme des Verfahrens der Ablauf der Frist nicht glaubhaft gemacht ist, leitet es das Verfahren nicht ein (Entwurf § 738, C. P. O. 963); wenn es aber einmal eingeleitet ist und sich später herausstellt, dass bei Einleitung des Verfahrens die Frist noch nicht abgelaufen war, so wird dadurch das Verfahren nicht nichtig. Das folgt schon daraus, dass das Gericht nicht an das Gesuch gebunden ist, sondern von amtswegen zur Klärung des Tatbestandes Erklärungen einziehen und Beweisaufnahme anordnen kann, wie oben schon erwähnt (Entwurf § 742 II, C. P. O. 968). Uebrigens stützt sich § 970 C. P. O. auf § 13 der ersten Lesung des BGB.

Da die Vorschriften der C. P. O. betreffs Versäumnis, Anerkenntnis, Geständnis, Eiderlass, in diesem Verfahren nicht anwendbar sind, sind zur Beweisaufnahme die allgemeinen Regeln anwendbar, also § 278 ff) unseres Entwurfes, § 355 f) C. P. O. Ich halte es nicht für richtig, dass gegenüber dem Antragsteller in

der C.P.O. kein Gegner ist. Meiner Meinung nach ist § 742 ung. Entwurfes in der Beweisfrage genauer als § 968 C.P.O. Erschöpfend regelt unser Entwurf die Folgen des Nichterscheinens des Antragstellers; obwohl daraus, dass die Todeserklärung von amtswegen nicht eingeleitet wird, schon folgen würde, dass bei Nichterscheinen des Antragstellers ein anderer Berechtigter das Verfahren nicht fortsetzen könnte, so endet das Verfahren; die genaue Regelung der Frage ist noch ausdrücklich zum Ausdruck gebracht. Wenn der Antragsteller bei der mündlichen Verhandlung nicht erscheint oder die Verhandlung nicht beantragt, so beendigt das Gericht das Verfahren durch Beschluss, der aber die Wirkung verliert, wenn die Partei innerhalb 15 Tagen von der Zustellung des Beschlusses gerechnet Ansetzung einer neuen Verhandlung beantragt; im Falle neuer Versäumnis kann nur Wiedereinsetzung beantragt werden. Wegen Säumnis des Pflegers setzt es von Amtswegen die Verhandlung aus, entfernt den nachlässigen Pfleger und ernennt einen anderen. Die Rechtsfolgen, die sich an die Versäumnis des Prozessaufnahmstages knüpfen, bezw. deren Wirkungen zugunsten der nicht säumigen Partei, sind im Entwurf der Natur dieses Verfahrens entsprechend geregelt. Es ist zwar richtig, dass man von einem Versäumnisurteil, gegen welches die Wiedereinsetzung zulässig wäre, auch bei uns im Falle der Todeserklärung nicht sprechen kann; das ändert aber daran nichts, dass nach unserem Prozessrecht und Entwurf das Todeserklärungsverfahren ein contradictorisches Verfahren ist, bei dem als Parteien sich der Antragsteller und der Pfleger gegenüberstehen. Das Aufgebot des Verschollenen ist kein einfaches Forschungsmittel (a. A. Wach I 59), sondern Vorladung; unser Prozessrecht erwähnt es auch ausdrücklich (§ 524). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass jegliches Lebenszeichen, das das Leben des Verschollenen beweist, die Todeserklärung verhindert und dass mit Rückkehr des für tot Erklärten kein Prozess entsteht.

Die Rechtsfolgen, die sich an die Versäumnis des Tages der meritorischen Verhandlung oder der fortgesetzten Verhandlung knüpfen, finden gemäss dem oben erwähnten § 742 entsprechende Anwendung. Im übrigen verweise ich in den technischen, Behandlung nicht beanspruchenden Fragen auf § 743 V. (§§ 443, 444, 449 I, 450 I, III sind nicht anwendbar, § 446 gewinnt derart Anwendung, dass keine Beschwerde stattfindet gegen den einen

neuen Verhandlungstag festsetzenden Beschluss; 449 II—VII, 742 werden entsprechend angewendet.) Die Regelung der Versäumnis im Todeserklärungsverfahren stimmt überein mit den Bestimmungen im Ehe- und Entmündigungsverfahren. Unser Entwurf fordert sehr richtig, dass im Todeserklärungsurteil der Tag und möglicherweise der Zeitpunkt des Tages, der als Todeszeitpunkt vermutet wird, angegeben wird. Ebenso die deutsche C. P. O. § 970 II, BGB. § 18 I. Wenn das unterbleibt, so ist eine Berichtigung zulässig; U. E. § 412, C. P. O. § 321. Während nach deutschem Recht gegen die im Aufgebotsverfahren ergehenden Urteile kein Rechtsmittel möglich ist, so besteht es bei uns und auch im Entwurf. Nach unserer Prozessordnung (1881 G.-A. 59, § 89) ist sowohl der Antragsteller, als auch der Pfleger berechtigt, gegen das Urteil Berufung einzulegen. Wenn die erste Instanz die Todeserklärung ausgesprochen hatte und die Berufung nicht eingereicht wurde, so gehen nach Ablauf der Berufungsfrist die Akten an die königliche Tafel; dann sowohl im Falle der Zustimmung als auch der Abänderung an die Curie zur Superrevision der Angelegenheit von Amtswegen. Wenn die Curie wesentliche Mängel im Verfahren bemerkt, so nimmt sie von Amtswegen vor der Urteilsfällung deren Berichtigung vor. Nach unserem Entwurfe muss im Berufungsverfahren ohne Rücksicht auf die Grenzen des Berufungsgesuches und Gegengesuches die Angelegenheit von neuem verhandelt werden. Die Regelung des Berufungsverfahrens stimmt überein mit den Vorschriften des Eheprozesses. Neue Beweise können erbracht werden, das Fernbleiben des Antragstellers oder Pflegers verhindert nicht die Erledigung der Berufung. Auch amtliche Erkundigungen können platzgreifen. Ohne mündliche Verhandlung wird erledigt die Berufung gegen das in Angelegenheit der prozesshindernden Einrede ergangene Urteil oder gegen die über die Prozesskosten im Urteil getroffene Entscheidung. In der Revisionsinstanz kann hier keine Geldstrafe Anwendung finden. § 548 ist nicht anwendbar. Auch die Prozesserneuerung ist zulässig, aber auch ohne diese kann man das Gesuch wiederholen, wenn es zurückgewiesen wurde und das neue Gesuch sich auf neue, im früheren Urteile noch nicht entschiedene Tatsachen stützt. Das Todeserklärungsurteil ist nur tatsächliche Feststellung, das in erster Reihe die Statusverhältnisse und nicht die Vermögensverhältnisse berührt; deshalb ist dem rechtskräftigen Urteil

hier solche Bedeutung nicht beizumessen, wie im allgemeinen; es bleibt nur Vermutung trotz des Urteils. Denn man kann beweisen, dass der Verschollene früher oder später gestorben ist, oder dass er noch lebt. Nach unserem Entwurf ist übereinstimmend mit C. P. O. eine besondere Anfechtungsklage zulässig. Indessen können nur die Interessierten das Todeserklärungsurteil anfechten, d. h. die, die ein rechtliches Interesse an der Aufhebung der Todeserklärung haben, bezw. an der Berichtigung des Todeszeitpunktes. Natürlich ist bei uns auch Anfechtungsgrund, wie in der C. P. O., wenn beim Aufgebotsverfahren eine Unregelmässigkeit vorgekommen ist (C. P. O. 957 II). Nach deutschem Prozessrecht ist die Anfechtung hier zulässig beim zuständigen Landgericht und zwar innerhalb eines Monats, sobald der Kläger vom Urteil Kenntnis erhielt, bezw. wenn nach § 957 II Punkt 4 und 6 der Richter kraft des Gesetzes ausgeschlossen wäre, bezw. wegen strafbarer Handlung die Restitutionsklage zulässig ist, sobald er vom Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat. Nach Ablauf von 10 Jahren von der Verkündung des Urteils an gerechnet ist die Anfechtung ausgeschlossen. Nach der deutschen C. P. O. ist seit Verkündung des Urteils nur innerhalb eines Monats die Anfechtungsklage zulässig, wenn die Todeserklärung ungerechterweise geschehen ist oder der Zeitpunkt mit Unrecht festgestellt ist (976); nach 10 Jahren ist sie überhaupt nicht gestattet, auch wenn ein Fall des § 957 II vorliegt. Es war notwendig, diese zwei Umstände des Anfechtungsgrundes besonders hervorzuheben, weil beim Aufgebotsverfahren ausschliesslich wegen § 957 II die Anfechtung zulässig wäre, welche Gründe sich nur auf die beim Verfahren vorgefallenen Fehler beziehen, aber jede den Gegenstand des Prozesses berührende Untersuchung ausschliessen. Die Anfechtungsklage ist sowohl im Entwurfe als in der deutschen C. P. O. in erster Linie gegen denjenigen zu richten, welcher die Todeserklärung erwirkt hat, in zweiter Linie nach unserem Entwurfe gegen dessen Rechtsnachfolger. Nach deutschem Prozessrecht, wenn derjenige, welcher die Todeserklärung erwirkt hat, sie selbst anficht, (der Fall ist möglich, denken wir nur an die Richtigstellung des Zeitpunktes des Todes), oder tot, oder unbekannt, oder im Auslande ist, so ist die Klage gegen den Staatsanwalt zu richten. Das ist nicht in jedem Falle begründet; warum nicht gegen die Rechtsnachfolger oder warum kann der im Ausland Befind-

liche sich nicht vertreten lassen? Aehnliche Verfügungen bestehen im Fall der Entmündigung (C. P. O. § 684 III). Auch das neue Urteil hat absolute Wirkung; es spricht zugunsten aller, wirkt gegen alle. Eben deshalb, mit Rücksicht auf den möglichen Interessengegensatz der Interessenten kann die mündliche Verhandlung innerhalb der Anfechtungsfrist nicht begonnen werden; zugleich werden die einzelnen Anfechtungsprozesse miteinander verbunden zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung; auf die Parteien finden Anwendung die Vorschriften des § 62 betreffs Streitgenossenschaft. Bei der Anfechtungsklage finden Anwendung §§ 667, 669, 670, 673 I, 956. Auch hier wird die Verhandlungsmaxime beschränkt und wird die Gelegenheit zur Collision ausgeschlossen. Das Verfügungsrecht der Parteien wird beschränkt. Die erwähnten Verfügungen sind per analogiam übernommen von den sich auf die Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluss beziehenden Vorschriften. So kann die Anfechtungsklage mit einer anderen Klage nicht verbunden werden, es ist auch keine Widerklage zulässig. Auch hier müssen die Parteien das Ergebnis der Sachuntersuchung vor dem Amtsgericht, soweit es die Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses verlangt, vortragen. Der Präsident kann die Verhandlung zu diesem Zwecke aussetzen. Das Anerkenntnis wird nicht anerkannt. Wenn der Antragsteller nicht erscheint, so wird, da das Verfahren von Amtswegen nicht zulässig ist, die mündliche Verhandlung im Falle der vom Antragsteller neu beantragten Frist abgehalten.

Eid ist unzulässig. Das Urteil muss auszugsweise in den deutschen Reichsanzeiger eingerückt werden. Die deutsche Prozessordnung überlässt es dem Gericht, ob sie das Urteil veröffentlichen will. M. M. müsste man im Falle des Todeserklärungsverfahrens, wie in jedem Statusprozesse obligatorisch die Einrückung des Urteils vorschreiben. Es fordert dies schon das Interesse des Verschollenen, wenn zufällig inzwischen jemand vom tot Erklärten Kenntnis erlangt hat, der nicht antragsberechtigt ist und hiermit auch den jeweilig Berechtigten helfen könnte. Die Benachrichtigung der Finanzbehörde ist sowohl bei uns, als auch in Deutschland vorgeschrieben. Die Finanzbehörde begleitet uns bei jeder vermögensrechtlichen Handlung. Die Kosten — es gehören nach unserem Entwurfe hierher auch die Gebühren und Auslagen des Pflegers — trägt der Antragsteller; wenn aber

die Todeserklärung ausgesprochen wird, so belasten die zur Durchführung des Todeserklärungsverfahrens erforderlichen Kosten den Nachlass, oder wie der Entwurf sagt, deren Erstattung kann aus dem Nachlass verlangt werden. Obwohl unser bestehendes Recht nichts bestimmt über die Prozesskosten, wäre die Lage auch hier nicht anders. Im Falle des Anfechtungsprozesses belasten, wenn der Staatsanwalt die Gegenpartei ist und im Prozesse unterliegt, die Kosten die Staatskasse. Bei uns finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung. Sehr richtig ist der Standpunkt beider Rechte, der einerseits den Nachlass nur zur Erstattung der notwendigen Ausgaben verpflichtet, andererseits zur Tragung sämtlicher derartigen Kosten. Billigkeitsgründe sprechen dafür, dass die Kosten auch dann zu Lasten des Vermögens des Verschollenen gehen, wenn der Verschollene sich nach der Todeserklärung meldet oder wenn sein tatsächlicher Todestag während der Verhandlung festgestellt wird. Unser Entwurf wie C. P. O. legen die Kosten dem Nachlass auf, nur wenn die Todeserklärung ergeht; wenn sich also der Verschollene meldet, belasten die Kosten den Antragsteller. Die Vorschriften für das Todeserklärungsverfahren finden Anwendung, wenn der Tod jemandes nicht durch Urkunden, sondern auf andere Weise bewiesen werden soll. In das Aufgebot ist die im Gesuche gemachte Angabe betreffs Zeit und Ort des Todes aufzunehmen. Die Frist kann auf drei Monate herabgesetzt werden. Der Grund ist, dass hier die Wahrscheinlichkeit grösser ist, wie im Falle der Todeserklärung. Im Urteil muss die Todeszeit angegeben sein oder wenn sie nicht festzusetzen ist, so muss man den Tag als Todestag deklarieren, an dem der Verschollene zweifellos nicht mehr gelebt hat. Diese Ausdehnung findet sich schon in unserem bestehenden Recht mit der Abweichung, dass hier das Beweismittel für das Absterben festgestellt ist, denn sie erwähnt nur gegenüber der Urkunde das Zeugenverhör; unser Entwurf ist also weiter gefasst (§ 750).

Von demselben Verfasser sind erschienen:

In ungarischer Sprache:

Beiträge zur Frage der Litiscontestation im Formularverfahren. Budapest 1905.

Privatrechtliche Abhandlungen, mit besonderer Berücksichtigung des römischen Rechts. Teil I. Budapest 1905.

Verschollenheit und Todeserklärung. Budapest 1906.

Gefahrtragung beim Kauf nach ungarischem Recht, mit besonderer Berücksichtigung des römischen Rechts. Preisgekrönte Arbeit. Budapest 1906.

Ueber die konstitutiven Urteile. Budapest 1907.

In deutscher Sprache:

Ueber das konstitutive Urteil.

Sonderabdruck aus der von Hofrat Prof. Grünhut herausgegebenen Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Band XXXIV. Wien 1906.

Verlag von Puttkammer & Mühlbrecht in Berlin.